00079995

BOMBAY BRANCH
OF THE
ROYAL ASIATIC SOCIETY
TOWN HALL, BOMBAY.

Digitized with financial assistance from the
Government of Maharashtra
on 06 February, 2016

0 - 1 e - 2

RÉPERTOIRE

UNIVERSEL ET RAISONNÉ

DE JURISPRUDENCE.

TES.-TRA.

IMPRIMERIES DE H. REMY, ET DE P.-J. VOGLET.

RÉPERTOIRE

UNIVERSEL ET RAISONNÉ

DE JURISPRUDENCE,

CINQUIÈME ÉDITION,

RÉDUITE AUX OBJETS DONT LA CONNAISSANCE PEUT ENCORE ÊTRE UTILE,

AUGMENTÉE 1° DE NOTES INDICATIVES DES CHANGEMENS APPORTÉS AUX LOIS ANCIENNES PAR LES LOIS NOUVELLES, 2° DE DISSERTATIONS, DE PLAIDOYERS ET DE RÉQUISITOIRES SUR LES UNES ET LES AUTRES, 3° DES CHANGEMENS QUE LES LOIS FRANÇAISES ONT SUBIS, DANS LE ROYAUME DES PAYS-BAS, DEPUIS L'ANNÉE 1814;

CORRIGÉE ET FONDUE AVEC LES ADDITIONS FORMANT LES TOMES 15, 16 ET 17 DE LA 4e ÉDITION;

PAR M. MERLIN,

Ancien Procureur-Général à la Cour de Cassation.

79995.

XXXIV Volume.

34

TOME TRENTE-QUATRIÈME.

79995

ae.

Bruxelles.

H. TARLIER, LIBRAIRE-ÉDITEUR,

RUE DE LA MONTAGNE, N° 306.

1828.

Gov
340
mem/Rep.
79995

Law
Justice

00079995

RÉPERTOIRE

UNIVERSEL ET RAISONNÉ

DE JURISPRUDENCE.

TESTAMENT, Sect. II, §. III, Art. III, N° I.

Art. III. *Des testamens mystiques ou secrets.*

[[I. L'usage des Testamens mystiques ou secrets remontait, dans le droit romain, à des temps fort reculés; mais introduit d'abord par les édits des préteurs (1), il ne fut véritablement revêtu du sceau de l'autorité législative, que par la loi 21, C. *de testamentis*, connue, d'après les premiers mots dont elle se compose, sous le nom de la loi *hâc consultissimâ*.

« Nous permettons (y est-il dit) à tous ceux qui font un testament par écrit, soit qu'il ait été écrit de leur main ou de celle de tout autre, et qui désirent que les dispositions en soient inconnues ou secrètes, de le montrer scellé ou lié, ou seulement clos et enveloppé, à sept témoins, citoyens romains, mâles et pubères, qui doivent avoir été priés à cet effet, et de le leur présenter pour qu'ils y apposent simultanément leurs sceaux et leurs signatures. Il faut d'ailleurs que le testateur déclare que l'écrit qu'il leur présente, contient son testament, et qu'il y appose aussi sa signature en leur présence. Cela fait, et si les témoins l'ont signé et scellé en un seul et même temps, le testament sera valable, sans qu'on puisse l'attaquer sur le fondement que les témoins en ignorent les dispositions.

» Que si le testateur ne sait ou ne peut signer, nous voulons qu'il soit appelé un huitième témoin qui signera pour lui, et que les mêmes formalités soient d'ailleurs observées.

» Il n'est donc pas nécessaire que l'action de dicter ou d'écrire le testament coïncide avec l'emploi du ministère des témoins, ou qu'il y ait unité de temps à cet égard; mais il suffit que le testament, quoique déjà dicté ou écrit en l'absence des témoins, soit revêtu de leurs signatures et de leurs sceaux dans un seul et même temps, et sans mélange d'aucun acte étranger.

» Le Testament se termine par les signatures des témoins et par l'apposition de leurs sceaux. Un testament que les témoins n'ont pas signé et scellé, est imparfait ».

C'est sur ces dispositions et sur celles de quelques autres lois qui s'y rattachaient, que sont calqués, à très-peu de différence près, les art. 4, 9, 10, 11, 12 et 13 de l'ordonnance de 1735.]]

L'art. 4 déclare que « l'usage de ces Testa- » mens continuera d'avoir lieu dans les pays de » droit écrit et autres où ladite forme de tester » est autorisée par les coutumes ou statuts ».

L'art. 9 prescrit, en ces termes, les formalités dont ces Testamens doivent être revêtus :

« Lorsque le testateur voudra faire un Testament mystique ou secret, il sera tenu de signer ses dispositions, soit qu'il les ait écrites lui-même, ou qu'il les ait fait écrire par un autre; et sera le papier qui contiendra lesdites dispositions, ensemble le papier qui servira d'enveloppe, s'il y en a une, clos et scellé avec les précautions en tel cas requises ou accou-

(1) V. mon *Recueil de Questions de droit*, au mot *Testament*, §. 17, art. 1.

tumées; le testateur présentera ledit papier ainsi clos et scellé à sept témoins au moins, y compris le notaire ou tabellion; ou il le fera clore et sceller en leur présence; et il déclarera que le contenu audit papier est son Testament écrit et signé de lui.

»Ledit notaire ou tabellion en dressera l'acte de suscription, qui sera écrit sur ledit papier ou sur la feuille qui servira d'enveloppe; et sera ledit acte signé, tant par le testateur que par le notaire ou tabellion, ensemble par les autres témoins, sans qu'il soit nécessaire d'y apposer le sceau desdits témoins.

» Tout ce que dessus sera fait de suite et sans divertir à autres actes; et en cas que le testateur, par un empêchement survenu depuis la signature du Testament, ne puisse signer l'acte de suscription, il sera fait mention de la déclaration qu'il en aura faite, sans qu'il soit besoin en ce cas d'augmenter le nombre des témoins ».

L'art. 10 porte que, « si le testateur ne sait » pas signer, ou s'il n'a pu le faire lorsqu'il a » fait ses dispositions, il sera appelé à l'acte » de suscription un témoin, outre le nombre » porté par l'article précédent, lequel signera » ledit acte avec les autres témoins; et il sera » fait mention de la cause pour laquelle ledit » témoin aura été appelé ».

Suivant l'art. 11, ceux qui ne savent ou ne peuvent pas lire, ne peuvent faire de dispositions dans la forme du Testament mystique.

L'art. 12 prévoit le cas d'un testateur qui saurait écrire sans pouvoir parler: « Il ne » pourra faire un Testament mystique, qu'à » la charge que ledit Testament sera entière- » ment écrit, daté et signé de sa main, qu'il » le présentera au notaire ou tabellion, et aux » autres témoins, et qu'au haut de l'acte de » suscription il écrira, en leur présence, que » le papier qu'il présente est son Testament; » après quoi, ledit notaire ou tabellion écrira » l'acte de suscription, dans lequel il sera fait » mention que le testateur a écrit ces mots en » présence dudit notaire ou tabellion, et des » témoins ».

Par l'art. 13, le législateur déclare qu'il n'entend pas « déroger aux statuts et coutu- » mes observés dans les lieux régis par le droit » écrit, qui exigent un nombre de témoins » moindre que celui porté aux articles précé- » dens; à la charge cependant d'appeler un » témoin outre le nombre requis par ces cou- » tumes ou statuts, dans le cas marqué par » l'art. 10 », c'est-à-dire, lorsque le testateur ne sait ou ne peut pas signer.

Cet article semble borner sa disposition aux pays de droit écrit qui ont des statuts particuliers; mais il faut l'interpréter par l'art. 4, suivant lequel les Testamens mystiques sont conservés, non-seulement dans les pays de droit écrit, mais encore dans tous les autres dont les coutumes admettent cette forme de tester.

II. Par-là, se résoud sans peine une question qui a été fréquemment agitée depuis l'ordonnance de 1735: c'est de savoir si, en Bourgogne, on peut encore disposer par Testament mystique.

Si la question dépendait de la qualité qu'on doit donner à la Bourgogne, ou de pays coutumier, ou de pays de droit écrit, peut-être ne serait-il pas aisé de la décider, ou du moins il faudrait, pour cela, balancer mûrement tout ce qui a été écrit là-dessus par le président Bouhier et le scholiaste de Perrier.

Mais ce n'est point de là que dépend la question, et deux mots suffisent pour la résoudre.

D'un côté, l'art. 4 de l'ordonnance de 1735 autorise les Testamens mystiques, même dans les pays coutumiers où ils sont admis par la loi municipale; de l'autre, la coutume de Bourgogne admet expressément cette forme de disposer, [[en l'amalgamant toutefois avec celle du Testament olographe, c'est-à-dire, en exigeant que le testateur écrive lui-même ses dispositions (1)]]. Il faut donc nécessairement conclure que les Testamens mystiques ont lieu en Bourgogne depuis, comme avant l'ordonnance de 1735; et c'est ce que décide expressément une lettre écrite par M. le chancelier d'Aguesseau, au parlement de Dijon le 29 juillet 1736. [[*V.* mon *Recueil de Questions de Droit*, au mot *Testament*, §. 5.]]

III. Les formalités de ces Testamens sont plus simples en Bourgogne que dans les vrais pays de droit écrit. La coutume exige seulement que le testateur, après avoir écrit lui-même ses dispositions, fasse mettre, sur le repli ou au bas, un acte de suscription signé d'un notaire et de deux témoins.

Peut-on, au lieu de deux témoins, prendre un second notaire?

Un arrêt du parlement de Dijon, du 1er avril 1594, a jugé pour la négative. Il a été imprimé à Paris, en 1595, avec le plaidoyer de l'avocat qui l'avait fait rendre.

La question se représenta au parlement de Paris, en 1599. Par arrêt du 17 août, cette cour ordonna qu'il serait informé de l'usage; et les enquêtes rapportées, il intervint, le 15 juin 1602, un arrêt qui cassa le Testament dans

(1) V. l'article *Signature*, §. 3, art. 3, n° 1.

lequel on avait substitué un second notaire aux deux témoins.

La même chose fut encore jugée au parlement de Dijon, le 18 avril 1617. L'arrêt est rapporté dans une note de Brodeau, sur le coutumier général, tome 2, page 1175.

L'ordonnance de 1735 n'a rien changé à cette jurisprudence. A la vérité, elle permet, par l'art. 23, de prendre deux notaires au lieu d'un notaire et de deux témoins, mais ce n'est que pour les Testamens nuncupatifs qui se font dans les pays *où les formalités établies par le droit écrit, pour les dispositions de dernière volonté, ne sont point autorisées par les lois, statuts ou coutumes*. On ne peut donc pas appliquer aux Testamens mystiques, qui ont été introduits en Bourgogne à l'exemple de ceux dont parlent les lois romaines, la liberté que laisse l'ordonnance de disposer devant deux notaires, au lieu de le faire devant un notaire et deux témoins. C'est en effet ce que le conseil d'état a jugé en très-grande connaissance de cause, non pas en 1748, comme l'avance Sallé, sur l'art. 23 de l'ordonnance de 1735, mais par un arrêt du 30 décembre 1747, que l'on trouve dans les notes de Bannelier, sur les *Traités de droit français* de Davot, tome 5, page 394.

IV. Le duché de Bourgogne n'est pas le seul pays coutumier (s'il est permis de l'appeler ainsi) où les Testamens mystiques sont autorisés : ils le sont encore par les chartes générales de Hainaut, et par la coutume du chef-lieu de Valenciennes.

Voici ce que portent les premières, chap. 32, art. 30 : « Et comme plusieurs personnes » ne désirent que leurs dernières volontés » soient manifestées ni connues de leur vi» vant, lesdits Testamens se pourront pré» senter aux *hommes de fief* évoqués à cet » effet, avec déclaration du nombre des » feuillets, les avertissant, par lesdits tes» tateurs, que c'est leur dernière volonté ; ce » que fait, le pourront signer et attester con» jointement avec le testateur, si tant est qu'il » sait écrire, et puis signer, pour valoir comme » tous autres ».

Cet article ne dit pas ce qu'il faudra faire si le testateur ne sait pas signer ; mais son silence est suppléé par l'art. 11 du même chapitre, et par l'art. 2 du chap. 109, suivant lesquels le testateur est obligé, en pareil cas, d'appeler un troisième homme de fief ; ce qui se rapporte parfaitement à la disposition de l'art. 13 de l'ordonnance de 1735.

(1) V. ces mots.

Quant à la coutume de Valenciennes, elle décide, art. 115, que, « si le testateur se trou» vant en présence de deux échevins ou *jurés* » *de cattel* (1) au lieu de leur déclarer ses » dernières volontés, aime mieux leur bail» ler et délivrer sa disposition, leur décla» rant que c'est sa dernière volonté, et les » requérir que pour telle ils la veuillent re» cevoir et signer sans en faire lecture....., ils » seront tenus de ce faire, et en faire note au» dessous ou bien sur le dos de l'écrit ; à faute » de quoi, telle disposition sera de nul effet ».

L'ordonnance de 1735 n'a pas plus dérogé à cette disposition qu'à celle de la coutume de Bourgogne, rappelée ci-dessus ; néanmoins, on a soutenu long-temps le contraire ; et quoique l'usage des Testamens mystiques se soit toujours conservé à Valenciennes, en conséquence de l'art. 4 de l'ordonnance de 1735, il s'est élevé différens innovateurs qui ont prétendu que c'était une pratique abusive, et que, conformément aux art. 22 et 23 de la même ordonnance, il ne pouvait y avoir, dans la coutume de Valenciennes, d'autre manière de tester valablement, que la forme nuncupative.

La première contestation que cet esprit de système a occasionée, était entre le marquis de Cernay et le baron de Roisin, chevalier d'honneur au parlement de Flandre. Feu M. Blondel, avocat distingué, démontra parfaitement la légitimité de l'usage observé à Valenciennes, depuis comme avant la publication de l'ordonnance de 1735. Mais la cause ne fut point jugée ; les parties transigèrent le 16 mai 1763.

Peu de temps après, M. de Curgies, conseiller au même parlement, renouvela la question, en attaquant les dispositions, en forme mystique, que le sieur Brasme avait faites à son préjudice. Un arrêt du 22 décembre 1764, au rapport de M. de Franqueville de Fontaine, les déclara nulles ; mais il fut cassé au conseil le 21 juillet 1766. M. de Curgies forma opposition à l'arrêt de cassation ; mais il en fut débouté par un autre du 18 août 1770.

Dans l'intervalle, il s'était élevé une nouvelle contestation au sujet du Testament mystique de la nommée Pesant. Un arrêt du 17 juin 1769, au rapport de M. l'abbé de Dion, le déclara encore nul ; mais sur la demande en cassation il intervint au conseil un arrêt du 28 mai 1770, par lequel la requête fut admise ; et depuis, les parties transigèrent.

Le parlement de Flandre n'attendit cepen-

(1) V. ces mots.

dant pas jusqu'à cet arrêt, et encore moins jusqu'à celui du 18 août suivant, pour revenir aux vrais principes et changer sa jurisprudence; car le 3 janvier 1770, il confirma, au rapport de M. Remi Desjardins, les testamens mystiques qu'avaient faits, à Valenciennes, le sieur et la dame Dursens.

En même temps, cette compagnie, animée du désir d'éteindre pour toujours les contestations qu'elle prévoyait devoir se multiplier à l'avenir sur ce point important, sollicita une déclaration du roi, qui fut donnée le 19 décembre 1771, et par laquelle l'usage des Testamens mystiques fut solennellement confirmé dans la coutume de Valenciennes :

« Les difficultés (porte cette loi) qui se sont élevées dans la ville, chef-lieu et banlieue de Valenciennes, sur l'exécution de notre ordonnance du mois d'août 1735, concernant les Testamens, ont déja excité notre attention; et nous avons réformé, par notre déclaration du 16 mai 1763, un abus qui s'y était introduit contre l'esprit et les dispositions de cette loi, quant à la forme dans laquelle les notaires recevaient les Testamens nuncupatifs : plusieurs circonstances ne nous permirent pas de nous expliquer sur un objet plus important, qui consistait à savoir si les Testamens mystiques ou secrets pourraient avoir lieu dans cette ville, chef-lieu et banlieue, depuis notredite ordonnance, et quelle était la forme qui devait être suivie, s'ils y étaient admis. Par l'examen que nous avons fait faire de ces deux questions, nous avons reconnu que l'art. 115, de la coutume de Valenciennes, autorisant les Testaments mystiques, ceux qui voulaient tester dans cette forme, se trouvaient dans le cas des art. 4 et 13 de notre dite ordonnance, par lesquels nous avons confirmé l'usage de ces Testamens dans les lieux où les statut et coutumes les avaient introduits, en déclarant en même temps que nous n'entendions pas y déroger en ce qui concerne le nombre des témoins requis pour ces Testamens, s'il se trouvait moindre que celui prescrit par le droit romain. Mais quoique le texte même de notredite ordonnance pût suffire pour faire cesser toutes contestations à ce sujet, cependant le désir d'assurer de plus en plus la tranquillité des familles, et de donner à nos sujets de notredite ville, banlieue et chef-lieu, des témoignages de notre affection, en leur conservant une forme de tester que son ancienneté leur a rendue précieuse, et qui ne tend qu'à assurer davantage les vraies dispositions du testateur, nous ont déterminé à nous expliquer encore plus particulièrement à ce sujet.

» A ces causes....., voulons et nous plaît que les art. 4 et 13 de notre ordonnance du mois d'août 1735, et l'art. 115 de la coutume de notredite ville, banlieue et chef-lieu de Valenciennes, seront exécutés selon leur forme et teneur; en conséquence, voulons qu'à l'avenir, et à compter du jour de la publication et enregistrement de notre présente déclaration, ceux qui voudront faire des Testamens ou actes de dernière volonté, mystiques ou secrets, après les avoir écrits ou fait écrire, et signés, s'ils le peuvent, soient tenus de les présenter, suivant la nature des biens compris dans la disposition, ou à un notaire, ou à deux échevins, ou à deux jurés de cattel, dont un sera notaire, auxquels notaire, échevins ou jurés, ils déclareront que ce sont leurs dernières volontés, et les requerront de les recevoir et de les signer, sans en faire lecture; ce que lesdits notaire, échevins ou jurés seront tenus de faire sur-le-champ, et de signer, soit au dos desdites dispositions, soit au pied d'icelles, et d'y faire mention du jour, de l'année et du lieu où lesdits actes auront été présentés; dérogeant, en tant que de besoin, à toutes lois, usages à ce contraires, sans toutefois que lesdits Testamens ou actes de dernière volonté, qui auraient été passés ès dits lieux en autres formes, par des testateurs décédés avant la publication et enregistrement des présentes, puissent être attaqués de nullité, sous prétexte de l'omission d'aucune desdites formalités, sauf les autres moyens de droit ».

[[Remarquez, au surplus, que, sous l'édit perpétuel de 1611, les Testamens mystiques étaient admis dans tous les lieux de la Belgique où il n'y avait pas de loi ou statut contraire; mais qu'ils n'y étaient assujétis, quant à l'acte de suscription, qu'aux formalités communes aux Testamens publics, c'est-à-dire qu'il suffisait que cet acte fût signé du testateur, des témoins et du notaire.

C'est ce qui résulte de la déclaration rendue par le conseil privé de Bruxelles, le 23 mars 1623, sur une requête des mayeur et échevins de Huzze, tendant à « savoir si un testament » fait, dressé et formé par un testateur seul, » et longues années après, icelui testateur » met le *cohier* (1) d'icelui testament qui n'est » soussigné de curé, vice-curé, notaire ni » témoins, ès mains d'un notaire, et déclare » en icelui *cohier* être son testament ou vo-

(1) On croirait, au premier abord, qu'il y a ici une faute d'impression, et que c'est *cahier* qu'il faut lire, au lieu de *cohier*; mais point du tout : le mot *cohier*, dit Stockmans (*Decisiones Brabantinæ*, §. 14.

» lonté derniere, de laquelle déclaration ledit » notaire fait acte au dos d'icelui et la signe » avec les témoins, sans autre solennité, si tel » testament peut et doit être déclaré valable, » attendu que les signatures des notaire et té- » moins ne sont apposées avec celle du testa- » teur dessous la dernière ligne du testament, » ains (mais) au dos seulement serait fait l'acte » notarial signé dudit notaire et témoins, et » point du testateur »

A cette requête, le conseil privé de Bruxelles a fait, le 16 mars 1623, une réponse ainsi conçue :

« La déclaration faite par un testateur, par- » devant notaire et témoins, qu'un cohier mis » en main d'icelui, contient son testament et » dernière volonté, doit être signé, non seu- » lement par iceux notaire et témoins, mais » aussi par le testateur, nonobstant qu'il au- » rait signé ledit cohier endedans en l'absence » desdits notaire et témoins, à peine de nul- » lité ».

V. Le Code civil admet aussi le Testament mystique, mais il abroge toutes les lois locales qui en réglaient ci-devant les formes ; et il ne le soumet qu'à celles que l'ordonnance de 1735 avait déterminées pour les pays de droit écrit en général. Voici ses termes :

« Art. 976. Lorsque le testateur voudra faire un Testament mystique ou secret, il sera tenu de signer ses dispositions, soit qu'il les ait écrites lui-même, ou qu'il les ait fait écrire par un autre. Sera le papier qui contiendra ses dispositions, ou le papier qui servira d'enveloppe, s'il y en a une, clos et scellé. Le testateur le présentera ainsi clos et scellé au notaire, et à six témoins au moins, ou il le fera clore ou sceller en leur présence ; et il déclarera que le contenu en ce papier est son Testament écrit et signé de lui, ou écrit par un autre, et signé de lui : le notaire en dressera l'acte de suscription, qui sera écrit sur le papier ou sur la feuille qui servira d'enveloppe; cet acte sera signé, tant par le testateur que par le notaire, ensemble par les témoins. Tout ce que dessus sera fait de suite et sans divertir à autres actes ; et en cas que le testateur, par un empêchement survenu depuis la signature du Testament, ne puisse signer l'acte de suscription, il sera fait mention de la déclaration qu'il en aura faite, sans qu'il soit besoin, dans ce cas, d'augmenter le nombre des témoins. »

» 977. Si le testateur ne sait signer, ou s'il n'a pu le faire lorsqu'il a fait écrire ses dispositions, il sera appelé à l'acte de suscription un témoin, outre le nombre porté par l'article précédent, lequel signera l'acte avec les autres témoins ; et il y sera fait mention de la cause pour laquelle ce témoin aura été appelé.

» 978. Ceux qui ne savent ou ne peuvent lire, ne pourront faire de disposition dans la forme du Testament mystique.

» 979. En cas que le testateur ne puisse parler, mais qu'il puisse écrire, il pourra faire un Testament mystique, à la charge que le Testament sera entièrement écrit, daté et signé de sa main, qu'il le présentera aux notaires et aux témoins, et qu'au haut de l'acte de suscription, il écrira en leur présence, que le papier qu'il présente est son Testament : après quoi, le notaire écrira l'acte de suscription, dans lequel il sera fait mention que le testateur a écrit ces mots en présence du notaire et des témoins; il sera, au surplus, observé tout ce qui est prescrit par l'art. 976».

» 1007. Tout Testament olographe sera, » avant d'être mis en exécution, présenté au » président du tribunal de première instance » de l'arrondissement dans lequel la succes- » sion est ouverte. Ce testament sera ouvert, » s'il est cacheté. Le président dressera pro- » cès-verbal de la présentation, de l'ouverture » et de l'état du Testament, dont il ordonnera » le dépôt entre les mains du notaire par lui » commis.

» Si le Testament est dans la forme mys- » tique, sa présentation, son ouverture, sa » description et son dépôt seront faits de la » même manière; mais l'ouverture ne pourra » se faire qu'en présence de ceux des notaires » et des témoins, signataires de l'acte de sus- » cription, qui se trouveront sur les lieux ou » eux appelés.

» 1008. Dans le cas de l'art. 1006 (c'est-à- » dire, lorsqu'il n'y a point d'héritier à reser- » ve), si le Testament est olographe ou mysti- » que, le légataire universel sera tenu de se » faire envoyer en possession par une ordon- » nance du président mise au bas d'une re- » quête à laquelle sera joint l'acte de dépôt ».]]

VI. L'art. 11 de l'ordonnance de 1735 [[et on peut dire la même chose de l'art. 978 du Code civil]], a-t-il entendu, en déclarant ceux qui ne savent ou ne peuvent pas lire, incapables de tester dans la forme mystique, permettre la preuve par témoins, soit de la cécité d'un testateur qui aurait disposé dans cette

14) est employé pour y exprimer que le testament était clos et scellé au moment de la présentation qui en avait été faite au notaire et aux témoins : *vocabulum* COHIER *significare videtur involucrum cohærens : à cohærendo enim dictum videtur.*

forme, soit de toute autre cause qui l'aurait empêché de lire l'écriture?

Cette question s'est présentée, en 1777, au parlement de Grenoble.

» La demoiselle Veyret (est-t-il dit dans les *Affiches du Dauphiné*) fut frappée au mois de mars 1760, d'un coup de soleil qui lui fit perdre subitement la vue d'un œil; le mal se communiqua à l'autre œil, et peu de temps après il lui fut impossible de distinguer les objets ni les couleurs; elle ne voyait même pas assez pour se servir à table. Cependant, en cet état, le 30 août 1770, elle fit un Testament mystique, par lequel elle institua Marie Ravenu, nièce du sieur Lanfrey, son mari, pour son héritière, et légua la jouissance de ses biens au sieur Lanfrey lui-même, au préjudice de ses propres parens.

» Après le décès de la testatrice, les sieurs Granval et Veyret, ses héritiers légitimes, ont demandé la cassation du Testament, sur le fondement de l'art. 11 de l'édit de 1735, comme fait par une personne aveugle.

» Et comme, de la part de l'héritière instituée, on a nié l'état d'aveuglement de la demoiselle Veyret, les héritiers légitimes ont demandé permission d'en faire preuve par témoins.

» Résistance à cette preuve, sur ce que la *carte testamentaire* était écrite de la main même du notaire qui avait reçu l'acte de suscription; que cette carte était approuvée et signée par la testatrice, et que postérieurement, elle avait signé d'autres actes : résistance fondée encore sur la difficulté de rapporter la preuve demandée.

» On a répondu que l'approbation et la signature de la testatrice n'étaient point exclusives de l'état de cécité, parcequ'on avait l'exemple de plusieurs aveugles qui signaient machinalement, surtout lorsqu'ils avaient précédemment joui de l'avantage de la vue; que la circonstance que la carte était écrite de la main du notaire, était de la dernière indifférence, attendu que, dans ce genre de Testament, où tout se passe entre lui et le testateur, le notaire ne fait fonction que de personne privée, à la différence d'un Testament nuncupatif, où il rédige ses opérations publiquement; qu'il était de la plus grande importance que les testateurs qui choisissent le genre des dispositions mystiques, pussent s'assurer par eux-mêmes si leurs scribes rendaient fidelement leur volonté; sans quoi, ce serait ouvrir la porte aux plus grands abus; qu'enfin, après les enquêtes rapportées, on jugerait du mérite et du degré de la preuve.

» Par arrêt rendu le 8 juillet 1777, la grand'chambre a permis la preuve demandée».

La question s'est représentée, peu de temps après, au parlement de Bordeaux, mais dans des circonstances un peu différentes.

La dame du Bousquet, femme Courson, après avoir fait plusieurs Testamens, par lesquels elle donnait à son mari tout ce qui était à sa disposition, fit, en 1767, dûment autorisée de lui, une donation entre-vifs de tous ses biens, même dotaux, en faveur du sieur de Semens, un de ses neveux, sous la réserve de la jouissance, et de quelques objets particuliers.

» En 1773, elle fit un Testament, par lequel elle confirma la donation, et disposa de nouveau en faveur du sieur de Semens : le mari entra dans cet arrangement; il fut même convenu que le sieur de Semens donnerait à la testatrice une certaine somme, en remplacement des réserves portées par la donation, et payerait quelques dettes du mari.

Cependant la dame de Courson fit, en 1774, un Testament mystique, par lequel, en révoquant les actes précédens, elle disposa, comme elle avait déjà fait, en faveur de son mari, de tous ses biens libres; elle déclara, dans le corps de l'acte, *avoir lu son Testament, mais n'avoir pu le signer.*

Après sa mort, arrivée en 1774, le sieur de Courson fit valoir le Testament. Le sieur de Semens lui opposa la donation de 1767, et les fins de non-recevoir qui résultaient des arrangemens souscrits par le mari.

Les premiers juges déclarèrent le sieur de Courson non-recevable.

Sur l'appel au parlement de Bordeaux, le sieur de Semens soutenait, entre autres choses, que le Testament invoqué par le sieur de Courson, était nul, suivant l'art. 11 de l'ordonnance de 1735, parceque la testatrice ne pouvait plus lire l'écriture, impuissance qu'il offrait de prouver.

Le sieur de Courson répondait à ce moyen, que l'offre vague de prouver que la testatrice *ne pouvait plus lire l'écriture*, était insuffisante et ne concluait rien, parceque, dès que l'on convenait qu'elle savait lire, il fallait établir en quoi consistait cette prétendue impuissance, c'est-à-dire, prouver qu'elle était devenue aveugle; « car (disait-il), quand on » établirait qu'elle faisait quelquefois usage » du secours d'autrui pour se faire lire l'écri» ture, cela ne concluerait pas qu'elle n'avait » pas lu ni pu lire son Testament, comme » elle avait déclaré l'avoir fait : que, si l'art. » 11 de l'ordonnance dit que *ceux qui ne peu» vent pas lire, ne pourront faire de Testa» ment mystique*, cela s'entend de ceux qui ne » savent pas lire, ou qui, ayant su lire, en sont

» empêchés par la cécité, parcequ'il n'y a point » de preuve d'un fait négatif, et qu'il faut éta- » blir, par des faits positifs, l'incapacité préten- » due, surtout quand elle n'est qu'accidentelle ».

Par arrêt du 21 août 1778, rendu au rapport de M. Perès, le parlement de Bordeaux, en entérinant les lettres de restitution prises par le mari, et sans s'arrêter à l'offre faite par le sieur de Semens, de prouver que la testatrice ne savait plus lire l'écriture, a ordonné l'exécution du dernier Testament.

Ainsi, le parlement de Bordeaux a jugé, 1° que la donation entre-vifs des biens dotaux, quoique faite du consentement du mari, même en faveur de l'héritier présomptif, était nulle (1); 2° que l'offre vague de prouver que le testateur, qui, ayant autrefois su lire l'écriture, a déclaré ne pouvoir signer son Testament mystique, ne pouvait plus lire l'écriture, au moment où il a fait cette déclaration, était insuffisante.

[[Au surplus, lors-même qu'il n'y a rien de vague dans l'offre de prouver que le testateur ne savait plus lire l'écriture de main, et qu'elle porte sur des faits précis, il dépend toujours de la sagesse du juge de l'admettre ou de la rejeter, suivant les circonstances.

Dans l'espèce rapportée ci-dessus, §. 2, art. 7, n° 5, les héritiers légitimes du sieur d'Antonelle offraient de prouver tant par titres que par témoins, 1° qu'il était privé de la vue le jour de la signature du testament, qui était aussi l'avant-veille de sa mort; 2° que, le 24 novembre 1817, jour de l'acte de suscription et au moment où on lui avait présenté cet acte pour le signer, il avait fait signe qu'il n'y voyait pas, et qu'il ne l'avait signé qu'à l'aide d'une main étrangère qui avait dirigé la sienne sur l'endroit où il fallait apposer sa signature.

Mais par arrêt de la cour royale d'Aix, du 25 mars 1819, leur offre a été rejetée, « attendu que, si, en droit, la preuve de cécité ou d'impuissance absolue de lire de la » part du testateur, est admissible, celle proposée est inutile et frustratoire, puisque » tout tend à démontrer que le sieur d'Antonelle n'a jamais cessé d'y voir au point de » ne pouvoir lire, et qu'il a vu suffisamment, » le 24 novembre, au moment même de la » disposition testamentaire et de l'acte de suscription ».

Les héritiers légitimes du sieur d'Antonelle se sont pourvus en cassation contre cet arrêt. « Peu importe (ont-ils dit) que la signature » apposée au testament dont il s'agit, soit » réellement celle du testateur; on n'en peut » rien conclure dans l'espèce contre la preuve » offerte que le testateur était privé de la vue » dans le temps de la confection du testament; » rien n'est plus commun en effet que de voir » des individus presqu'entièrement privés de » la vue, conserver encore la faculté de signer » très-correctement; mais la loi n'en défend » pas moins à de telles personnes la faculté de » faire un testament dans la forme mystique, » parceque la première condition indispensable pour pouvoir tester en cette forme, » est de pouvoir lire, et par conséquent de » n'être pas privé de la faculté de voir; l'apposition d'une signature plus ou moins correcte, plus ou moins informe, n'est donc » pas une preuve infaillible que le testateur » n'ait pas été privé de l'usage de la vue au » moment où il a signé son testament; elle » n'exclud donc pas l'articulation et la preuve » des faits qui doivent démontrer son incapacité de tester en la forme mystique ».

Non, sans doute, la loi n'exclut pas cette preuve; mais ce n'est pas à dire pour cela quelle en prescrive impérieusement l'admission dans tous les cas; aussi l'arrêt dont il s'agit, a-t-il été vainement attaqué par la voie de cassation: la section des requêtes l'a maintenu par arrêt du 8 février 1820, « attendu » que la cour d'appel n'a pas déclaré inadmissible en droit la preuve de cécité et d'impuissance absolue de lire; qu'elle s'est bornée à rejeter l'offre faite de cette preuve; » parcequ'il lui a été démontré par le concours » et l'ensemble des faits qu'elle relève et dont » l'appréciation lui appartenait, ainsi que » celle des faits qui pouvaient rendre la preuve » offerte frustratoire, que le testateur n'avait » pas cessé d'y voir et de pouvoir lire au moment du testament et de l'acte de suscription, et même le lendemain; qu'en cela, » la cour royale n'a pu violer aucune loi (1)».

VII. La preuve qu'une personne dont on représente un Testament mystique, savait écrire, emporte-t-elle nécessairement la preuve qu'elle savait lire l'écriture de main?

Le 18 juin 1792, Marie Chantot, épouse le sieur Plantade, domicilié à Moissac, département du Lot.

Le 27 prairial an 10, elle fait, en faveur de son mari, un Testament mystique, écrit d'une main étrangère, mais signé d'elle, avec ses prénoms, son nom, et ces mots écrits entièrement de sa main, *approuvant l'écri-*

(1) [[V. mon *Recueil de Questions de Droit* au mot *Dot*, §. 4.]]

(1) Jurisprudence de la cour de cassation, tome 20, partie 1, page 191.

ture ci-dessus: L'acte de suscription est reçu par un notaire, en présence de six témoins. Marie Chantot y déclare que le papier qu'elle leur présente, est son Testament, qu'elle l'a *lu et relu en entier*, et qu'il est conforme a ses intentions. Elle le signe, et ajoute à sa signature le mot *disposante*.

Le 14 vendémiaire an 11, décès de Marie Chantot.

Christophe Chantot, son frère et unique héritier présomptif, est appelé à l'ouverture du Testament; mais il ne s'y présente pas.

Peu de temps après, il fait assigner le sieur Plantade, son beau-frère, devant le tribunal civil de Moissac, pour voir déclarer le Testament nul, attendu que Marie Chantot ne savait pas lire *l'écriture de main*, fait qu'il présente comme résultant d'un grand nombre de circonstances qu'il articule et dont il offre la preuve.

Le sieur Plantade nie ce fait et s'oppose à ce que la preuve en soit admise. Il se fonde notamment sur le Testament même, sur l'acte de suscription, et sur un billet du 16 janvier 1790, portant, de la part de Marie Chantot, reconnaissance de devoir à son mari une somme de 10,064 livres 10 sous, billet dont le corps est entièrement écrit de la main de Christophe Chantot, pour sa sœur, laquelle l'a signé, et y a ajouté de sa main, les mots *approuvant l'écriture ci-dessus*, qu'elle a également signés.

Christophe Chantot reconnaît que c'est effectivement lui qui a écrit le corps de ce billet; mais il nie avoir été présent à la signature qui s'y trouve apposée, et en conséquence, il déclare ne pouvoir ni avouer, ni contester cette signature.

Le 6 thermidor an 13, jugement qui donne acte de l'aveu fait par Christophe Chantot, d'avoir écrit le corps du billet du 16 janvier 1792, et ordonne qu'il sera procédé par experts à la vérification des signatures que le sieur Plantade prétend y avoir été apposées par sa femme, ainsi que des mots qu'il soutient y avoir été ajoutés par elle.

Ce jugement est signifié à l'avoué du sieur Chantot; les experts sont nommés; et le 19 juillet 1806, ils déposent leur rapport, duquel il résulte que les signatures et les mots *approuvant l'écriture ci-dessus*, sont écrits de la main de Marie Chantot.

Le 11 décembre suivant, la cause est reportée à l'audience. Le sieur Plantade y demande l'entérinement du rapport des experts. Le sieur Chantot déclare s'en rapporter à la prudence du tribunal.

Le même jour jugement qui, entérinant le rapport des experts, *du consentement de toutes les parties*, déclare que les signatures et les mots apposés au bas du billet du 16 janvier 1790, sont de l'écriture de Marie Chantot; ordonne que ce billet aura force d'acte public et authentique, et ajourne au 15 janvier la plaidoirie de la cause au fond.

Le 8 du même mois, le jugement est signifié à l'avoué du sieur Chantot; et le 14, il lui est signifié à domicile.

Le 23, jugement définitif par lequel,

» Considérant, dans le fait,

1° Que le Testament de la dame Plantade se trouve signé par la testatrice, au bas de chaque page, des noms *Marie Chantot Plantade;* que la signature apposée à la fin est précédée des mots *approuvant l'écriture ci-dessus*, écrits de la main de la testatrice; qu'on lit à la fin de ce Testament la déclaration suivante : *laquelle disposition j'ai fait écrire par une personne de confiance, et après l'avoir lue et relue en entier, l'ayant trouvée conforme à ma volonté, je l'ai signée ci-dessous et au bas de la page précédente;*

2° Que l'acte de suscription du 29 prairial de l'an 10, porte également la déclaration de la testatrice au notaire et aux témoins que, *sous la feuille de papier par elle présentée, elle a fait écrire, par une personne de confiance, ses dispositions de dernière volonté, qu'elle a dit avoir lues et relues, et signées de sa propre main, comme l'entier contenu étant sa véritable et libre disposition;* qu'après la signature des témoins qui termine l'acte de suscription, la testatrice écrivit ces mots : *Marie Chantot Plantade, disposante;*

3°. Que ce Testament, ni l'acte de suscription n'ont pas été querellés quant à la forme, et que les parties ont reconnu que toutes les formalités intrinsèques voulues par les lois, ont été fidelement observées;

»4°. Que, pour constater que Marie Chantot, testatrice, savait écrire et lire l'écriture de main, le sieur Plantade a produit plusieurs actes publics ou sous seings-privés, souscrits à différentes époques, et qui ont tous été signés par la dame testatrice;

» Que ces écrits sont,

» 1°. Un acte de naissance d'un enfant même du sieur Christophe Chantot, sous la date du 25 octobre 1786, auquel Marie Chantot assista et qu'elle signa avec son frère Christophe, et les autres parens et amis;

» 2°. Un inventaire du 28 juillet 1789, fait ou signature privée, en forme d'accord en-

tre Marie Chantot et Christophe, du mobilier d'Élisabeth Maiguiel, leur mère commune; qu'il y est dit qu'il a été fait en double, qu'il est signé par le frère et la sœur, et que celle-ci se réserve en particulier tous et chacun ses droits sur les successions de ses père et mère, n'entendant prendre aucune qualité positive relativement aux susdites successions;

» 3°. Un billet du 16 janvier 1790, de la somme de 10,064 livres 10 sous, consenti par Marie Chantot au sieur Plantade, son mari; qu'il est signé de Marie Chantot, avec les mots *approuvant l'écriture ci-dessus*, et que le corps en fut écrit en entier par le sieur Christophe Chantot;

4°. Le contrat de mariage de Marie Chantot avec le sieur Plantade, du 24 novembre 1790, signé par les deux époux;

» 5°. Une quittance du 30 avril 1790, consentie par le sieur Desmotes au sieur Plantade, en paiement d'une somme de 3,150 livres, obligée par un billet de Marie Chantot, testatrice, en faveur du sieur Cazamajor;

» 6°. Une seconde quittance du 14 août 1792, fournie par demoiselle Françoise Ourliac à Marie Chantot, testatrice, devant Colombié, notaire, en présence du sieur Christophe, lequel acte fut signé par ladite Marie Chantot;

» 7°. Enfin, une procuration du 26 germinal an 8, consentie par la testatrice au sieur Plantade, son époux, et au bas de laquelle se trouve la signature de la dite Marie Chantot;

» Considérant, dans le droit,

» 1°; Que l'action engagée par le sieur Christophe Chantot, contre le Testament de Marie, sa sœur, ne portant point sur la forme de l'acte, mais seulement sur l'incapacité prétendue de la testatrice de lire l'écriture de main, et que cette incapacité n'étant pas constatée, il n'y a pas lieu de s'occuper des fins principales dudit sieur Chantot, mais seulement des subsidiaires;

» 2°. Qu'il résulte des divers écrits signifiés par le sieur Plantade, que le sieur Chantot passa avec sa sœur un accord sous signature privée, le 28 juillet 1789; que, dans cet acte, les parties se réglèrent à raison du mobilier dépendant des successions de leurs père et mère; que Marie Chantot se réserva par exprès tous ses droits sur ces successions, qu'il fut fait double et signé de part et d'autre; que cet acte élève, contre les demandes du sieur Chantot et contre son offre de preuve, une fin de non-recevoir victorieuse; qu'en traitant, en effet, avec sa sœur, par un écrit sous seing-privé, le sieur Chantot reconnut évidemment qu'elle savait lire l'écriture de main; car personne n'ignore que celui qui ne sait pas lire, ne peut s'obliger, ni contracter valablement par écriture privée, tandis que celui qui contracte et s'oblige ainsi, est toujours réputé savoir lire et écrire, comme le décide Henrys, tome 4, page 6 de l'édition de 1730, d'après plusieurs textes de droit; que le sieur Chantot reconnut cette capacité de sa sœur, dans plusieurs autres occasions; que le billet du 16 janvier 1790, pour une somme de 10,000 livres, consenti par Marie Chantot au sieur Plantade, son mari, fut écrit par le sieur Chantot, et signé par sa sœur; que l'acte de naissance de l'un des enfans du sieur Chantot fut également souscrit en présence de son frère; qu'on doit conclure de ces faits, que, si le sieur Chantot a reconnu formellement et par écrit, du vivant de sa sœur, en traitant avec elle, ou en coopérant à ses engagemens personnels, qu'elle savait lire l'écriture de main, il est non-recevable à soutenir aujourd'hui le contraire d'après la maxime, *quod semel placuit, ampliùs displicere non potest*;

» 3°. Que plusieurs autres écrits irrécusables prouvent que Marie Chantot savait lire l'écriture de main; qu'elle signa son contrat de mariage; qu'elle consentit deux obligations sous seing-privé, l'une en faveur de son mari; qu'elle fonda de pouvoir son mari par une procuration du 26 germinal an 8; qu'il est remarquable qu'en faisant ou en consentant ces divers écrits, elle ne se borna point à leur apposer sa simple signature; mais qu'en tout ce qui pouvait former un engagement, elle eut l'attention de faire précéder son seing des mots, *approuvant l'écriture ci-dessus*; et d'ajouter à son nom propre celui de *Plantade*; qu'elle termina les mots qu'elle écrivit très-correctement au bas de l'acte de suscription dudit Testament, par la qualité de *disposante*; mot nouveau qu'elle n'avait jamais eu l'occasion d'écrire, et qui se trouve exactement tracé de sa main; que, malgré qu'on ne rapporte point le billet consenti au sieur Cazamajor, on ne peut révoquer en doute qu'il n'ait existé, puisqu'il a été acquitté, dans un temps non suspect, au sieur Desmotes, son procureur fondé, qui est décédé avant ladite Chantot; que le Testament et l'acte de suscription justifient encore qu'elle lisait l'écriture de main; que le premier de ces actes contient sa déclaration qu'après avoir lu et relu en entier la présente disposition, elle l'a signée; que, dans le second, elle réitère cette même déclaration au notaire et aux témoins.

» Considérant qu'aux yeux de la loi, ces faits, ces écrits, ces déclarations de Marie Chantot sont considérés comme une preuve de sa capacité ; que, voulût-on ne les regarder que comme des présomptions, leur évidence, leur nombre et leur réunion les convertiraient évidemment en preuve ; que telle est la décision expresse de la loi qui veut qu'elles aient autant de force et d'autorité que les preuves les plus authentiques. *Indicia certa quæ jure non respuuntur, non minorem probationis quàm instrumenta, continent fidem.* (Loi 19 C. *de rei vindicatione*) ; que les jurisconsultes ont pensé qu'avec de pareilles présomptions, on était dispensé et à l'abri de toute autre preuve : *violenta præsumptio à naturalibus causis et principiis ffata, contrariam probationem non admittit.* (Ménochius, *de præsumptionibus*, lib. 1, q. 3) ;

» 4° que, si ces écrits et ces signatures ont acquis, par leur concours, la force et l'autorité d'une preuve écrite de la capacité qu'on voudrait contester à la dame Plantade ; que si elles forment par leur réunion ou leur ensemble, la certitude du fait que la loi exige, et ce qu'elle appelle *probatio probata*, il s'ensuit que la preuve vocale qu'on sollicite, tendrait à anéantir une preuve écrite déjà existante ; qu'elle irait directement contre cette règle sacrée, que les peuples policés de tous les temps ont précieusement maintenue, comme la sauve-garde des contrats, qui repousse, de tout son pouvoir, les preuves testimoniales, lorsqu'on les propose contre la foi qui est due à la preuve écrite ; que les exemples d'immoralité et de parjure se multiplient si souvent autour des tribunaux, qu'il serait très-dangereux de leur livrer ainsi les actes les plus dignes de confiance et de la protection spéciale de la justice de ses ministres ;

5° Considérant que, si quelques uns des anciens parlemens admirent quelquefois la preuve vocale à raison de l'incapacité de lire l'écriture de main, attribuée à des testateurs, de pareils arrêts ne furent rendus que dans des cas où il était constant que des testateurs n'avaient jamais signé que leur nom, et que leurs signatures étaient le plus souvent si difformes, qu'on ne pouvait supposer raisonnablement la connaissance de l'écriture et de la lecture dans ceux qui les avaient faites, tandis que, dans l'espèce actuelle, la signature de Marie Chantot, dans son Testament, ainsi que dans tous les actes obligatoires qu'elle a souscrits, se trouve précédée de mots et même de phrases qui forment une preuve écrite et irrécusable de son aptitude pour l'écriture et la lecture, et qu'elle a dit la vérité, lorsqu'en présentant son Testament au notaire et aux témoins, elle leur a déclaré que ce papier était son véritable Testament, qu'elle l'avait lu en entier et trouvé conforme à sa volonté ;

6° Que la fortune que Marie Chantot trouva dans sa famille, dès sa naissance, que le rang que ses parens et ses qualités personnelles lui assignèrent dans la Société, ont été trop marqués, pour qu'on puisse se persuader qu'on eût négligé son éducation au point de lui avoir laissé ignorer la lecture et l'écriture ; que, si on n'a pas trouvé une foule d'écrits de sa main, on doit considérer que, n'étant pas dans le commerce, ni dans aucune de ces situations qui exigent des écritures assidues, elle se conduisait sur ce point, comme la plupart des femmes de son état, qui n'écrivent que lorsqu'elles y sont obligées, qui finissent par regarder l'écriture comme un travail pénible, auquel elles ne se livrent qu'avec répugnance et même avec difficulté, par le défaut d'habitude ; ce qui les porte souvent à laisser faire aux autres ce qu'elles pourraient faire elles-mêmes, et à paraître ignorer ce qu'elles ont su et qu'elles sauraient encore, si elles daignaient sortir de leur indolence ; que les légères variations qu'on remarque dans son écriture et ses signatures aux différentes époques qu'elle les faisait, annoncent tout au plus qu'elle n'écrivait pas fréquemment, et qu'elle ne s'appliquait pas à son écriture ; que ces inconvéniens se font presque toujours remarquer dans les personnes qui n'écrivent que par occasion, et à de grands intervalles, mais qu'ils ne prouvent pas que ces variations proviennent de l'ignorance de la lecture et de l'écriture ;

» 7° Qu'en lisant le Testament de Marie Chantot, on ne saurait se persuader qu'on ait pu abuser de sa confiance, et moins encore trahir ses intentions, pour le lui faire consentir ; que cet acte n'offre rien qui ne soit dans l'ordre, et surtout conforme à ce qui se pratique le plus souvent dans les familles, entre les époux qui n'ont point d'enfans ; que c'est ici une femme sensible et reconnaissante, qui, après avoir vécu, pendant près de vingt ans, avec un époux digne d'elle, lui transmet la jouissance de ses biens, avec quelques propriétés peu considérables, et qui, toujours affectionnée pour ses proches et ses héritiers naturels, leur assure la plus belle de ses propriétés ; qu'un pareil acte, bien loin de présenter des dispositions suspectes ou inusitées, n'est qu'une répétition de ce qui se pratique chaque jour dans tous les départemens de l'empire ; que cette manière de disposer a même été spécialement autorisée par notre législation, qui a

cru devoir accorder aux avantages que se faisaient mutuellement des époux, une latitude et des privilèges qui étaient refusés aux successeurs légitimes; que ces vérités suffisent pour écarter les inculpations de supercherie qu'on a voulu rejeter sur le sieur Plantade; que le degré d'estime et de confiance générale dont jouit, à Moissac (de l'aveu des parties), celui qui écrivit les dispositions de la testatrice, semble devoir leur imprimer ce caractère de droiture et de vérité qui exclut les soupçons odieux dont on a voulu les noircir, et qu'il serait affreux de livrer à la merci d'une preuve testimoniale;

» D'après ces motifs, le tribunal, sans avoir égard aux demandes de Chantot, ni à ses offres de preuve, et l'en démettant, relaxe Plantado de l'assignation à lui donnée, des demandes à lui faites, fins et conclusions contre lui prises.... ».

Le 3 février 1807, Christophe Chantot appelle de ce jugement, ainsi que de ceux des 6 thermidor an 13 et 11 décembre 1806.

Le 20 novembre 1809, arrêt par défaut, de la cour d'appel d'Agen, qui le déclare non-recevable dans l'appel des deux premiers, et confirme le troisième.

Christophe Chantot forme opposition à cet arrêt; et le 25 du même mois, arrêt contradictoire ainsi conçu :

« Faut-il recevoir l'opposition du sieur Chantot, et faire droit sur icelle?

» Cette question ne peut souffrir de difficulté dans la forme, puisque cette opposition a été formée dans les délais, et est régulière; mais avant de savoir si elle est fondée au fond, il faut examiner si l'appel interjeté par Chantot, des divers jugemens du tribunal de première instance est recevable, et s'il est fondé. Or, les jugemens qui ont précédé le jugement définitif, sont définitifs eux-mêmes, relativement à la question qu'ils ont décidée. L'un d'eux ordonne la vérification d'écriture; l'autre statue sur les pièces de comparaison; l'autre donne acte de la nomination des experts; et l'autre enfin, homologue leur rapport. L'appel de ce jugement n'a pas été fait dans le délai prescrit par la loi; il est donc non-recevable; il l'est encore parceque ces jugemens ont tous été exécutés, et conséquemment acquiescés; il y a même plus; c'est que le dernier de ces jugemens, qui homologue le rapport, a été rendu sur les conclusions de Plantade, auxquelles Chantot ne s'est pas opposé, puisqu'il a déclaré s'en remettre à la décision des juges, ce qui doit être regardé comme un vrai consentement à l'admission des conclusions de son adversaire, si le juge trouvait à propos de les admettre, ce qui ne devait pas être douteux, puisque Chantot ne querellait ce rapport, ni dans la forme, ni dans le fond; ainsi il est irrecevable dans son appel; et fût-il recevable, cet appel serait certainement mal fondé.

» Quant à l'appel du jugement définitif, on n'a opposé aucune fin de non-recevoir; il faut donc examiner ce jugement au fond. Il a décidé que le Testament de Marie Chantot, femme Plantade, devait être maintenu. Ce Testament est mystique; il a été attaqué sous le prétexte que la testatrice ne savait pas lire l'écriture faite à la main; si cette assertion est vraie, le Testament est nul; les lois anciennes et nouvelles sont d'accord sur ce point. Il est donc question d'examiner, dans le fait, si elle savait lire l'écriture de main; or, le Testament dont s'agit, contient une déclaration expresse, signée de la testatrice, qui assure avoir lu et relu son Testament. Elle a répété cette déclaration dans l'acte de suscription; et pour détruire cette assertion de sa part, il faudrait de fortes preuves. Celles prises des actes dans lesquels elle a déclaré, dans sa première jeunesse, qu'elle ne savait pas signer, ne peuvent détruire la déclaration faite dans son Testament. Mais supposé que cela fût ainsi, et que ce ne fût pas par timidité qu'elle eût fait cette déclaration, *rien n'empêcherait qu'elle n'eût appris à écrire dans un âge plus avancé;* et ce qui le prouverait, c'est qu'elle a signé, conjointement avec son frère, un inventaire produit au procès. Il est convenu qu'elle signa ses articles de mariage; il est convenu encore qu'elle a fait une obligation en faveur d'un certain Cazamajor; elle a signé encore, avec les mots *approuvant l'écriture ci-dessus,* un billet en faveur de Plantade, avec cette circonstance, que le billet est écrit de la main de Chantot. Elle était donc reconnue dans la famille, pour savoir écrire et lire l'écriture de main; son frère l'a reconnu lui-même, puisqu'il lui a servi de secrétaire dans un de ces actes; et que, dans la plupart des autres, il a signé conjointement avec sa sœur. Est-il à présumer que l'on eût souffert qu'elle eût signé des actes aussi essentiels, si elle n'avait pas su les lire; et, supposé qu'on pût avoir quelque doute à cet égard, Chantot serait-il recevable à l'opposer, lui qui a si souvent reconnu que sa sœur savait lire et écrire, puisqu'il a contracté avec elle dans l'inventaire, sous la foi de la signature de sa sœur, et qu'il a signé, conjointement avec elle, plusieurs autres actes essentiels? elle a également signé son contrat de mariage, et, enfin, son Testament, ayant ajouté, dans l'acte de suscription,

le mot *disposante* à sa signature; ce qui prouve que ce n'est pas par imitation qu'elle a signé et écrit les mots *approuvant l'écriture ci-dessus*, puisque, dans l'acte de suscription, elle a ajouté le mot *disposante*. Il faut donc tenir pour certain qu'elle savait écrire, et, conséquemment, lire l'écriture faite à la main, avec d'autant plus de raison que, dans tous les actes produits, son écriture est nette; qu'il paraît que tantôt elle commence par des lettres majeures, et tantôt par des lettres ordinaires; ce qui prouve qu'elle ne copiait pas une écriture comme qui copie un dessin. Le Testament dont s'agit doit donc être maintenu; et on doit rejeter la preuve offerte, avec d'autant plus de raison, que le premier des articles de cette offre de preuve est un fait négatif; et les autres, fussent-ils prouvés, peuvent être l'effet de l'indolence et de la paresse, et ne seraient pas en état de détruire les preuves résultantes du procès, d'autant qu'un témoignage verbal ne peut détruire une preuve déjà faite par écrit;

» Par ces motifs et ceux insérés dans le jugement du tribunal de première instance que la cour adopte, la cour, sans s'arrêter aux offres de preuves faites par la partie de Dugonjon, desquelles elle est déboutée, la reçoit opposante, pour la forme, envers l'arrêt dudit jour 20 du présent mois, ordonne néanmoins que cet arrêt sera exécuté selon sa forme et teneur...».

Recours en cassation contre cet arrêt, de la part de Christophe Chantot.

« Deux moyens de cassation (ai-je dit à l'audience de la section des requêtes, le 18 avril 1811) vous sont proposés dans cette affaire :

» Contravention à l'art. 6 de la loi du 3 brumaire an 2, et à l'art. 14 du tit. 2 de la loi du 24 août 1790, en ce que la cour d'Agen a déclaré non-recevable l'appel des jugemens des 6 thermidor an 13 et 11 décembre 1806;

» Contravention à l'art. 11 de l'ordonnance de 1735, concernant la forme des Testamens mystiques, en ce que la cour d'appel d'Agen a refusé d'admettre la preuve orale des faits articulés par Christophe Chantot, à l'effet d'établir que Marie Chantot, testatrice, ne savait pas lire l'écriture de main.

» Le premier de ces moyens serait sans réplique, si la cour d'appel d'Agen s'était bornée à déclarer non-recevable l'appel des jugemens dont il s'agit. Mais elle a fait plus : après avoir, par son arrêt par défaut, du 20 novembre 1809, déclaré cet appel non-recevable, elle a ajouté, dans les motifs de son arrêt contradictoire du 29 du même mois, *fût-il recevable, cet appel serait certainement mal fondé*. Or, le demandeur convient lui-même, par son silence sur le fond de ces jugemens, qu'il ne pouvait pas compter sur le succès de l'appel qu'il en avait interjeté. Que lui importe donc que la cour d'Agen ait repoussé cet appel par une fin de non-recevoir, au lieu de confirmer, purement et simplement, les jugemens qui en étaient l'objet? S'il y a erreur dans cette manière de prononcer, elle ne lui porte du moins aucun préjudice; et cela dit tout.

» Le second moyen vous présente une question d'autant plus intéressante, qu'elle peut, quoique relative à un Testament fait sous l'empire de l'ordonnance de 1735, se reproduire encore sous le Code civil, dont l'art. 978 n'est que la répétition littérale de l'art. 11 de cette ordonnance : c'est de savoir si, pour établir que le défunt, dont on représente un Testament mystique, savait lire l'écriture de main, il suffit de prouver qu'il savait écrire; et si, en conséquence, la preuve littérale rapportée par l'héritier institué, du fait que le défunt savait écrire, doit empêcher la preuve testimoniale offerte par l'héritier légitime, du fait que la défunte ne savait pas lire l'écriture de main.

» Cette question doit, en thèse générale, se résoudre pour la négative; car une expérience journalière nous apprend que telle personne, qui ne sait pas lire l'écriture de main, sait cependant tracer par écrit son nom et ses prénoms.

» Boutaric, sur les institutes de Justinien, liv. 2, tit. 10, en fait expressément la remarque : *Il peut y avoir* (dit-il) *des personnes qui savent lire et qui ne savent pas écrire*; IL PEUT Y EN AVOIR QUI NE SAVENT POINT LIRE, ET QUI ONT APPRIS D'ÉCRIRE OU DE SIGNER. *Ceux-là peuvent faire une disposition secrète, et il n'y a aucune différence entr'eux et ceux que quelque indisposition empêche de signer.* LES AUTRES NE LE PEUVENT ABSOLUMENT PAS.

» Serres, dans les *Institutions au Droit français*, liv. 2, tit. 10, §. 3, tient le même langage : *Les personnes incapables de lire, quand bien même elles auraient appris à former leur seing, doivent être mises au même rang que les aveugles, pouvant être exposées à la mauvaise foi de l'écrivain, et aux mêmes surprises qu'eux; et il ne doit leur être permis, par conséquent, de faire, non plus qu'aux aveugles, qu'un Testament public et nuncupatif*».

» Catellan, liv. 2, chap. 12, rapporte deux arrêts du parlement de Toulouse, parfaitement conformes à cette doctrine. Le premier, du 2 août 1663, charge l'héritier institué par un

Testament mystique, de prouver que le testateur *savait lire la lettre du notaire qui avait écrit le Testament, ou autre lettre de main;* et cela *quoique le testateur eût signé de sa main chaque page du Testament, et l'acte de suscription.* Le second, du mois de juillet 1697, déclare nul un testament mystique, dont le prétendu auteur était prouvé n'avoir pas *su lire la lettre de main.* Il est vrai, dit Catelan, que, *comme dans le cas de l'autre arrêt, il avait signé le Testament à chaque page, et l'acte de suscription; mais ces seings ne l'ayant pas mis à l'abri de la supposition ou infidélité d'écriture, on n'eut pas d'égard à son Testament, que l'on regarda comme disposition incertaine : et c'est moins blesser que favoriser ceux qui ne savent pas lire, leur ôter moins la liberté et la commodité de tester, que l'occasion et le moyen d'être surpris.*

» Mais de là s'ensuit-il que la cour d'appel d'Agen n'a pas pu, sans violer la loi, rejeter l'offre du demandeur, de prouver que Marie Chantot ne savait pas lire l'écriture de main? De là s'ensuit-il que la cour d'appel d'Agen a violé la loi, en disant : il est prouvé, par une foule d'actes, que Marie Chantot savait écrire; donc, la preuve par témoins, qu'elle ne savait pas lire l'écriture de main, n'est pas admissible?

» Sans doute, ce serait paralyser, par conséquent violer l'art. 11 de l'ordonnance de 1735, et l'art. 978 du Code civil, que de juger, en thèse générale, qu'un pareil fait n'est pas susceptible de la preuve par témoins.

» Mais ni l'un ni l'autre article ne peuvent être violés par un arrêt qui, en reconnaissant l'admissibilité de la preuve testimoniale d'un pareil fait, dans les cas ordinaires, rejette néanmoins cette preuve, d'après les circonstances particulières de la cause sur laquelle il prononce. Les juges ne font alors, par le rejet de la preuve testimoniale, qu'user du pouvoir que leur donne la loi, de n'admettre cette preuve, dans les matières qui en sont susceptibles, qu'avec une sage circonspection, qu'avec une prudente réserve; et l'on sent assez que tout ce qu'ils font, dans l'exercice d'un tel pouvoir, est essentiellement à l'abri de la cassation.

» Or, dans notre espèce, la cour d'appel d'Agen n'a pas jugé que la preuve par témoins du fait que Marie Chantot ne savait pas lire l'écriture de main, ne fût point admissible, par cela seul qu'il était prouvé que Marie Chantot savait écrire; mais elle a jugé que cette preuve ne pouvait pas être admise, et parce que la multiplicité et la nature des actes rapportés pour établir que Marie Chantot savait écrire, etaient inconciliables avec l'idée que Marie Chantot ne sût pas lire l'écriture de main; et parce que de la déclaration faite par Marie Chantot, au notaire et aux témoins, dans l'acte de suscription, qu'elle avait *lu et relu le Testament* qu'elle leur présentait, il résultait une présomption très-grave qu'en effet elle avait pris lecture de cet acte; et parceque le demandeur lui-même avait rendu, devant les premiers juges, hommage à la probité et à la droiture de la personne qui avait écrit le Testament de Marie Chantot; et que d'après cela, il n'était pas permis de supposer que cette personne se fût prêtée à écrire, sous le nom de Marie Chantot, un Testament qui n'eût pas été l'ouvrage de sa propre volonté; en un mot, parceque, du concours de tous les faits et de toutes les circonstances de la cause, il sortait une sorte de conviction morale que Marie Chantot avait su lire, et avait réellement lu son Testament.

» En jugeant ainsi, la cour d'appel d'Agen a-t-elle violé, soit l'art. 11 de l'ordonnance de 1735, soit toute autre loi? Non certainement. A-t-elle mal jugé? Cette question n'entre pas dans les attributions de notre ministère; et, si elle y entrait, nous n'hésiterions pas à la résoudre négativement.

» Par ces considérations, nous estimons qu'il y a lieu de rejeter la requête du demandeur, et de le condamner à l'amende de 150 francs ».

Arrêt du 11 avril 1811, au rapport de M. Ruperou, par lequel,

« Attendu, sur le premier moyen, qu'il est sans aucun intérêt, par cela même que l'arrêt attaqué décide que, quand l'appel des deux jugemens dont il s'agit, serait recevable, il serait mal fondé;

» Attendu, sur le deuxième moyen, que la cour d'appel n'a pu violer aucune loi, en décidant, en fait, qu'il résulte de diverses circonstances et de divers actes, même authentiques, dont l'appréciation appartenait aux juges, *la preuve écrite et irrécusable* que Marie Chantot savait lire l'écriture de main, et qu'elle a dit la vérité, lorsqu'en présentant son Testament aux notaires et aux témoins, elle leur déclara qu'elle l'avait lu en entier, et qu'il était conforme à sa volonté;

» La cour rejette le pourvoi.....».

VIII. Dans chacune des espèces rapportées aux deux nos précédens, les héritiers légitimes auraient-il pu, au lieu d'offrir de leur propre mouvement la preuve directe du fait que le testateur ne savait ou ne pouvait pas lire, prétendre qu'il n'avaient, à cet égard, rien à prouver, parcequ'il s'agissait d'un fait

négatif? Auraient-il pu en conséquence rejeter sur les héritiers institués la preuve du contraire?

Ils l'auraient pu sans doute en thèse générale; car, aux termes de la loi 23, C. *de probationibus*, ce n'est pas à celui qui nie un fait, à le prouver; c'est à celui qui l'affirme : *ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat, cùm per rerum naturam factum negantis nulla sit probatio.* Et voilà pourquoi Furgole, chap. 2, sect 3, no 29, enseigne avec Catellan, liv. 2, chap. 12, « que, s'il n'y a aucune présomp-» tion que le testateur sût lire, l'héritier (ins-» titué) qui soutient le testament, doit être » chargé de prouver le fait affirmatif ».

Mais 1o dans les trois espèces rapportées au no 6, il était reconnu par les héritiers légitimes, que le testateur avait autrefois su lire l'écriture de main. Que faisaient-ils donc en alléguant qu'il ne pouvait plus lire au moment où avait été écrit son testament mystique? Ils alléguaient que le testateur avait perdu la faculté de lire. Or, cette allégation renfermait évidemment celle d'un fait positif; c'était donc à eux à prouver ce fait (1).

» Si le testateur (dit Furgole à l'endroit cité) avait su lire autrefois, et qu'il ne le pût pas lors de la disposition, c'est à celui qui fonde la nullité sur le défaut de pouvoir lire, à prouver le fait, à moins que l'acte ne le justifiât, parceque l'aveuglement ou l'affaiblissement de la vue est un événement contraire à l'état naturel.

» La question a été ainsi jugée par arrêt de la seconde chambre des enquêtes du parlement de Toulouse, au rapport de M. l'abbé Boyer, le 12 mars 1745, en faveur de François d'Estebenel.

» La demoiselle de Barthe avait attaqué, devant le sénéchal de Limoux, le testament clos de la dame Duban, sa tante, du 15 février 1740, sur ce qu'elle soutenait que la testatrice ne pouvait pas lire l'écriture de main, quatre ou cinq ans avant ce testament. Il fut question de savoir qui devait être chargé de la preuve. La demoiselle de Barthe prétendait que son fait étant négatif, elle ne pouvait pas être chargée d'en faire la preuve, suivant, la loi 23, C. *de probationibus*. Au contraire, le sieur d'Estebenel qui faisait valoir le testament en sa faveur, soutenait que c'était à la demoiselle de Barthe à prouver le fait, parcequ'il était le fondement de son action, et qu'étant convenu que la testatrice avait su lire l'écriture de main, la présomption était en sa faveur, et qu'elle le relevait *ab onere probandi*; que de plus, c'était à la demoiselle de Barthe à prouver l'accident qui avait privé la dame Duban d'une faculté qu'elle avait.

» Le sénéchal de Limoux, par sentence du 10 mai 1744, ordonna, qu'avant faire droit, la demoiselle de Barthe prouverait comme la dame Duban ne pouvait lire l'écriture de main, quatre ou cinq ans avant le testament du 15 février 1740, ni lors d'icelui.

» La demoiselle de Barthe ayant appelé de cette sentence, elle fut confirmée par l'arrêt ci-dessus daté ».

2o Dans l'espèce rapportée au no 7, il était prouvé, par la signature dont la dame Plantade avait revêtu l'acte de suscription de son testament mystique, qu'elle savait écrire. Il était d'ailleurs dit expressément dans le premier, qu'elle avait *lu et relu* le second en entier. Or, dit encore Furgole, « lorsque le tes-» tament ou l'acte de suscription justifie que » le testateur savait lire, comme il est dit » qu'il a lu sa disposition; ou lorsqu'il y a une » présomption, comme si le testateur a sig-» né, ce qui peut faire présumer qu'il savait » lire, celui qui attaque le testament doit être » chargé de la preuve, comme le parlement » de Toulouse l'a jugé par un arrêt du 19 no-» vembre 1690, rapporté par Albert, lettre T, » chap. 16 de la nouvelle édition ».

IX. Un testament mystique est-il nul par cela seul que le testateur qui l'a fait écrire par un notaire, et l'a signé, y a fait ajouter à sa signature celle de cet officier? Est-il nul par cela seul qu'il en a fait donner lecture aux témoins en présence desquels en a été dressé l'acte de suscription?

V. Les conclusions du 6 ventôse an 13, et l'arrêt du 8 avril 1806, rapportés ci-après no 13.

X. Le défaut de date dans la disposition d'un testament mystique, le rend-il nul, lorsque d'ailleurs l'acte de suscription se trouve daté?

L'affirmative ne souffrirait aucun doute, d'après l'art. 979 du Code civil, s'il s'agissait d'un Testament mystique fait par un muet.

Mais que doit on décider hors ce cas et en thèse générale?

On a vu plus haut, §. 1, art, 6, no 2, que l'art. 38 de l'ordonnance de 1735 exigeait expressément la date, *tant pour la disposition que pour la suscription*.

Le Code civil ne dit rien de semblable; et de là, l'arrêt suivant:

Le 16 brumaire an 14, le sieur Triboulon meurt, laissant un Testament mystique par le-

(1) *V.* l'article *Preuve*, sect. 1, no 1.

quel il lègue à Louise Triboulon tout ce dont la loi lui permet de disposer. Ce testament ne contient pour date que ces mots : *A Nismes, le vingt-six ventôse de la république.* Mais dans l'acte de suscription reçu par un notaire et six témoins, *le* 28 *ventôse an* 12, il est dit que le sieur Triboulon a fait écrire son Testament par ce notaire, *le* 26 *de ce mois.*

Le sieur Capdeville et Jeanne Triboulon, son épouse, attaquent ce Testament par le défaut de date.

Le 14 février 1807, jugement du tribunal civil de l'arrondissement de Nismes, qui rejette leur demande,

« Attendu que l'ordonnance de 1735, ainsi que toutes les autres lois relatives aux Testamens, se trouvent abrogées par l'art. 7 de la loi du 30 ventôse an 12, portant qu'à compter du jour où les lois composant le Code civil sont exécutoires, les lois romaines, les ordonnances, les coutumes générales ou particulières, les statuts, les réglemens cessent d'avoir force de loi;

» Que, depuis cette époque, c'est dans le Code civil seul qu'il faut chercher l'indication des formalités nécessaires à la validité des Testamens; et qu'il n'est aucun article du Code qui exige que, dans les Testamens mystiques ordinaires, l'écrit où sont énoncées les dispositions du testateur, soit daté;

» Que l'art. 979, qui parle de la date de cet écrit, n'a pour objet que le Testament mystique de celui qui ne peut pas parler; que loin d'en conclure la nécessité de cette date, on pourrait, par la règle des inclusions, en induire sa dispense; que le Code civil a reproduit mot pour mot toutes les dispositions de l'ordonnance de 1735, relatives au Testament mystique, sauf celle qui exige à la fois la date de la disposition et celle de la suscription; que l'art. 9 de cette ordonnance est répété par l'art. 976, l'art. 11 par l'art. 978, l'art. 12 par l'art. 979; mais que l'art. 38, imposant la nécessité de cette double date, ne se trouve nulle part :

» D'où il suit qu'en adoptant toutes les autres dispositions de l'ordonnance de 1735, propres au Testament mystique, le Code civil n'a pas voulu adopter celle-là; que, si dans le procès-verbal des conférences du conseil d'état sur le Code civil, on trouve arrêté en principe que la forme du Testament mystique sera conservée, telle qu'elle est établie par l'ordonnance de 1735, c'est par la manière dont ce principe a été mis en exécution qu'il faut juger de la latitude que l'on a entendu lui donner; qu'il paraît que l'on n'avait en vue que la forme distinctive de ce Testament, celle qui le caractérise, et qui se trouve décrite dans les art. 9, 10, 11 et 12 de cette ordonnance;

» Que, s'il en eût été autrement, et que l'on eût voulu continuer de l'assujétir à ce qui était prescrit par l'art. 38, on n'eût pas manqué de reproduire les dispositions de cet article, comme on a reproduit celles des autres; qu'il y avait même une raison de plus pour celui-là; que, tandis que les autres n'avaient fait que consacrer les dispositions du droit romain sur cette matière et les décisions de la jurisprudence, l'art. 38, au contraire, en exigeant dans le Testament mystique, et la date de la suscription et celle de la disposition du testateur, avait établi un droit nouveau qui dérogeait à la fois à la loi romaine et à la jurisprudence; que la loi *hâc consultissimâ*, où sont détaillées les formalités prescrites par le droit romain pour la confection du Testament mystique, ne parle en effet aucunement de la date de la disposition; et que Furgole affirme dans son *Traité des Testamens*, chap. 2, sect. 3, n° 8, qu'avant l'ordonnance de 1735, la formalité de la date dans l'intérieur n'était pas nécessaire au parlement de Toulouse, et qu'il suffisait que l'acte de suscription fût daté; qu'il est impossible de supposer que, si le législateur eût voulu conserver cette formalité auparavant insolite, il eût omis d'insérer dans le Code la disposition qui l'établissait, quand il y avait rappelé si littéralement et si complétement toutes celles relatives à des formalités prescrites dans tous les temps; que son silence à ce sujet est une véritable exclusion; et qu'exiger aujourd'hui cette formalité, lorsqu'on ne peut en induire l'obligation d'aucune de ses paroles, ce serait vouloir plus que ce qu'il a voulu;

» Qu'il ne faut pas conclure de là que le Code civil, gardant le même silence sur la date de l'acte de suscription que sur celle de l'écrit qui contient la disposition, le Testament mystique serait valable, quand même l'acte de suscription ne serait pas daté, attendu que l'acte de suscription est un acte notarié, et que la loi du 25 ventôse an 11, sur l'organisation du notariat, veut, à peine de nullité, que tous les actes notariés énoncent le lieu, l'année et le jour où les actes sont passés ».

Appel de ce jugement de la part des sieur et dame Capdeville.

Le 3 juin de la même année, la cour d'appel de Nismes le confirme,

« Attendu que les nullités ne peuvent être établies que par la loi, et qu'elle seule a le droit de les prononcer; que l'art. 1001 du Code civil, qui termine les sections 1 et 2 du chapitre 5, destinées à fixer les formalités aux-

quelles les diverses espèces de Testamens sont assujéties, n'attache la peine de nullité qu'à l'omission des formalités prescrites par ces deux sections; et que, dans le nombre de ces formalités, ne se trouve point celle de dater, dans le Testament mystique du testateur qui peut parler, l'écrit qui contient sa disposition; que l'art. 979, relatif au Testament du testateur qui ne peut parler, mais qui sait écrire, ne forme qu'une exception, et doit être circonscrit à l'espèce de Testament qui y est mentionnée;

» Que l'art. 38 de l'ordonnance de 1735, qui voulait que la date des jour, mois et an, dans le cas du Testament mystique, fût mise tant à la disposition qu'à la suscription, a été abrogé, avec cette ordonnance même, par l'art. 7 de la loi du 30 ventôse an 12, et n'a pas été reproduit dans le Code civil, comme l'ont été les autres articles de cette ordonnance, relatifs aux formalités des Testamens mystiques; que, quelles qu'aient pu être les causes de cette différence, la cour ne peut prendre pour règle de ses décisions dans cette matière, que les dispositions écrites dans le Code civil, et ne peut prononcer une nullité que la loi n'a pas prévue ».

Les sieur et dame Capdeville se pourvoient en cassation contre cet arrêt.

« Faut-il donc conclure (disent-ils) de ce que le Code civil n'a point dit dans son art. 976, que, dans un Testament mystique, l'acte qui contient les dispositions, serait *daté*, et de ce qu'on ne retrouve pas dans ce Code la disposition de l'ordonnance de 1735, qui prescrivait cette date, que le législateur a voulu dispenser le Testament mystique de cette formalité? Non, sans doute.

» Les lois romaines aussi étaient muettes sur la date des dispositions de dernière volonté; et cependant tant que ces lois exercèrent seules leur empire, la date fut exigée.

» Aussi ne fut-ce point un droit nouveau que l'ordonnance de 1735 établit, lorsqu'elle ordonna, art. 38, que, dans le Testament mystique, *tant la disposition que la suscription*, fussent datées. Elle ne fut que déclarative du droit qui s'observait généralement avant, malgré le silence des lois à cet égard.....

» On ne retrouve pas, il est vrai, rappelé *textuellement* dans le Code civil, l'art. 38 de l'ordonnance de 1735; mais ce Code a-t-il, par cela, affranchi l'acte intérieur du Testament mystique de la nécessité d'être daté? Non, sans doute; nous devons croire, comme Ricard le pensait à l'égard des lois romaines, que le législateur a regardé la nécessité d'énoncer la date comme une vérité trop reconnue, pour qu'il fallût encore la déclarer.

» Nulle part, la date du Testament *par acte public* n'est prescrite. (*V.* les art. 971 et suivans jusqu'à 976.) En faut-il conclure que le Testament authentique peut valoir sans être *daté*?

» L'art. 970 a dit que le Testament olographe doit indépendamment de l'écriture et de la signature, être *daté de la main du testateur*.

» Les art. 976 et 977 ne parlent point de la date du Testament mystique; mais l'art. 979 impose au testateur qui ne peut pas parler, l'obligation de l'écrire entièrement, de le *dater* et signer de sa main.

» La loi a fait mention de la *date*, dans ces deux articles, et dans l'art. 970; mais ce n'est pas pour dire que les Testamens seront datés dans les cas qui sont prévus: car elle a pensé que cette énonciation n'avait pas besoin d'être prescrite; c'était seulement pour exiger que la date dans ces deux cas, fût écrite *de la main du testateur*.

» L'art. 979 même a cela de particulier, qu'il donne les parties constitutives de l'acte testamentaire. Ces trois parties sont l'*écriture*, la DATE et la *signature*. Et dès qu'il exige, dans l'hypothèse d'un homme qui ne peut parler, que ces trois parties soient entièrement de la main du testateur, il reconnait donc par là qu'elles sont toutes trois de l'essence du Testament mystique. Le Code civil fournit donc lui-même la preuve que la date est nécessaire dans le Testament mystique.

» Quant à l'argument tiré de ce qu'on ne retrouve pas dans ce Code l'art. 38 de l'ordonnance de 1735, il suffit de parcourir les discussions au conseil d'État, et les discours des orateurs du Gouvernement chargés de présenter la loi, pour s'assurer que l'intention du législateur n'a point été de déroger aux dispositions de l'ordonnance de 1735.

» Dans la séance du 19 ventôse an 11, le conseil d'État adopta en principe que *la forme du Testament mystique serait conservée, telle qu'elle est établie par l'ordonnance de* 1735.

» M. Bigot de Préameneu, dans son discours au corps législatif, s'exprime ainsi: *En admettant la forme des Testamens mystiques, on ne pouvait négliger* AUCUNE DES FORMALITÉS *requises dans les pays de droit écrit. On doit craindre, dans ces actes, les substitutions de personnes ou de pièces: il faut que les formalités soient telles, que les manœuvres les plus subtiles de la cupidité soient déjouées; et c'est surtout le nombre des témoins qui peut*

garantir que tous ne sauraient entrer dans un complot criminel. On a donc cru devoir adopter les formalités des Testamens mystiques ou secrets, TELLES QU'ON LES TROUVE ÉNONCÉES DANS L'ORDONNANCE DE 1735.

» Ces expressions sont claires; elles comprennent toutes les formalités; elles n'en excèptent aucune.

» Il y a plus, c'est que le Code civil contient des dispositions qui seraient inexécutables, si les Testamens pouvaient n'être pas datés.

» Suivant l'art. 901, il faut que le testateur soit sain d'esprit à l'époque de son Testament. Or, comment juger si, à cette époque, il n'avait pas l'esprit aliéné, lorsque son Testament n'a point de date?

» Le mineur ne peut tester avant l'âge de seize ans (art. 908).

» Le mineur devenu majeur ne peut disposer de ses biens au profit de celui qui a été son tuteur, si celui-ci ne lui a pas rendu précédemment ses comptes (art. 907).

» Celui qui est mort civilement, ne peut tester, ni recevoir par Testament (art. 25).

» Les médecins ni les ministres du culte ne peuvent profiter des dispositions que ferait en leur faveur une personne à laquelle ils auraient donné leurs soins pendant la maladie *dont elle serait morte* (art. 909).

» Si le Testament n'est pas daté, comment pourra-t-on voir si, à l'époque où il a été fait, le testateur était mineur, si son tuteur lui avait alors rendu ses comptes, s'il était mort civilement, enfin, s'il était attaqué de la maladie qui l'a conduit au tombeau?

» Il est de l'essence d'un Testament d'être révocable par un Testament postérieur; il faut donc une marque distinctive de l'antériorité et de la postériorité. Si, par exemple, il existait deux Testamens sans date, ayant des dispositions contraires, on ne peut douter qu'ils seraient nuls *tous deux*. Cette nullité ne résulterait que du *défaut de date*. Ce défaut annulant un Testament dans un cas, devrait nécessairement l'annuler aussi dans un autre, c'est-à-dire, qu'un Testament, nul faute de date, lorsqu'il existe un autre Testament, devrait également être nul, quoiqu'il fût seul: car on ne peut concevoir qu'une formalité dans un Testament, en entraîne ou n'en cause pas la nullité, suivant les circonstances indépendantes de l'acte lui-même.

» En vain prétendrait-on que la date de l'acte de suscription supplée au défaut de date de l'acte qui contient les dispositions.

» Cela pourrait être vrai, si le Testament se composait de l'ensemble de l'acte intérieur et de l'acte de suscription; si ces deux actes n'en faisaient essentiellement qu'un. Mais il n'en est pas ainsi; le Testament n'est que dans l'écrit qui en contient les dispositions; l'acte de suscription ne fait que constater le dépôt du Testament.

» Cela résulte des expressions mêmes de la loi: le testateur, en présentant l'écrit qui contient ses dernières volontés, doit déclarer (art. 976), ou écrire (art. 979), que le *contenu en ce papier*, que *le papier qu'il présente*, EST SON TESTAMENT.

» Mais une autre disposition de la loi prouve, et la nécessité que le Testament soit daté, et que l'acte intérieur seul est le Testament. L'art. 716 dit: *En cas que le testateur, par un empêchement survenu* DEPUIS *la signature* DU TESTAMENT, *ne puisse signer l'acte de suscription, il sera fait mention de la déclaration qu'il en aura faite*.....

» La loi suppose donc que l'époque de la signature du Testament, c'est-à-dire, de l'acte qui contient les dispositions, a été fixée par l'énonciation d'une date.

» Mais si le législateur avait pensé que la date de l'acte de suscription pût suffire, il aurait fallu qu'il ordonnât cette date; et, ce qui est assez remarquable, l'art. 976 est aussi muet sur la date de l'acte de suscription, que sur celle du Testament. Il n'a donc pas déclaré, même intentionnellement, que l'une serait suppléée par l'autre. On peut même dire que, si le Testament mystique est valable sans la date de l'acte qui en contient les dispositions, il l'est aussi sans la date de l'acte de suscription, puisque la loi garde le silence sur toutes deux.

» Les juges de première instance qui ont senti toute la force de cette objection, ont cru devoir y répondre en disant que la loi du 25 ventôse an 11, sur l'organisation du notariat, veut, *à peine de nullité*, que tous les actes notariés énoncent le lieu, l'année, le mois et le jour de leur passation.

» Mais c'est encore une erreur. Pour s'en assurer, il suffira de lire la disposition de cette loi, qui veut que les actes dont elle s'occupe, qui seraient nuls pour défaut de forme, valent *comme actes sous signatures privées*, s'ils sont revêtus de la signature *des parties contractantes*.

» Cette disposition suffit pour prouver que cette loi ne s'applique point aux Testamens, puisque, d'une part, elle parle *des parties contractantes*, ce qui ne peut s'entendre que des obligations; et que, de l'autre, elle donne aux actes revêtus de ces signatures, mais non réguliers en la forme, la force d'actes sous seing-

privé, et qu'un acte de suscription d'un Testament mystique ne peut jamais être fait sous seing privé.

» Tout démontre donc que l'acte de suscription est un acte indépendant du Testament dont il constate le dépôt, et que ce dernier acte doit nécessairement être daté ».

M. l'avocat-général Daniels, qui a porté la parole dans cette affaire, a réfuté victorieusement ces moyens de cassation.

« Il est vrai (ce sont ses termes) qu'il résulte des discussions du conseil d'Etat, que, dans la séance du 19 ventôse an 11, et sur la proposition du consul Cambacérès, on avait adopté en principe que *la forme du Testament mystique serait conservée, telle qu'elle est établie par l'ordonnance de* 1735, et que cette ordonnance (art. 38) veut qu'un Testament mystique soit *daté*, tant dans l'écrit contenant les dispositions, que sur l'acte de suscription.

» Mais il paraît que, lors de la rédaction définitive, ce principe a été modifié, puisque le Code ne dit pas, comme l'ordonnance de 1735, que l'écrit contenant les dispositions sera *daté*, et qu'il veut seulement que le testateur *signe* cet écrit.

» De même, le procès-verbal de la même séance du 19 ventôse an 11, tel qu'il a été imprimé, nous atteste que, le même jour, le conseil d'état avait aussi adopté en principe que, dans les Testamens mystiques, il ne serait pas ajouté de témoin lorsque le testateur ne saurait ou ne pourrait signer; et cependant l'art. 977 du Code déclare que, dans ce cas, *il sera appelé à l'acte de suscription un témoin, outre le nombre porté par l'article précédent, lequel signera l'acte avec les autres témoins.*

» Il ne faut donc pas toujours, si l'on veut interpréter sainement les dispositions du Code civil, prendre pour guide ce qui avait d'abord été arrêté par le conseil d'état.

» Vainement dit-on que la *date* est de l'*essence* de tous les actes, et plus particulièrement encore des *Testamens*, puisqu'elle sert à reconnaître si le testateur avait ou n'avait pas, lors de la confection de son Testament, la capacité requise.

» Ce principe est vrai en thèse générale; mais on ne peut en conclure que, lorsqu'il s'agit du Testament *mystique*, la date doit être apposée, non-seulement par le notaire sur l'acte de suscription, mais encore, par le testateur au moment où il signe ses dispositions.

» Tant que le testateur n'a pas produit devant le notaire et les témoins, l'écrit qui renferme ses dispositions, son Testament n'est qu'un simple *projet;* il ne peut être regardé comme *Testament*, que lorsqu'il est revêtu des formalités prescrites par l'art. 976 du Code civil. C'est alors seulement que le testateur lui imprime le caractère de disposition de dernière volonté; et par conséquent, ce n'est qu'alors aussi qu'il doit avoir la capacité requise par la loi.

» Le *mineur*, par exemple, dispose de la totalité de ses biens *dix* jours avant qu'il ait accompli sa vingt-unième année; il date et signe son Testament; mais il ne le présente au notaire, pour le revêtir des solennités d'un Testament mystique, que *vingt* jours après, et par conséquent à une époque où il était devenu majeur.

» Les dispositions renfermées dans son Testament, seront-elles réductibles à la moitié, conformément à l'art. 904 du Code civil? La négative nous paraît incontestable, puisque l'acte signé pendant la minorité, n'était qu'un *simple projet*, et que cet acte n'a été sanctionné qu'au moment où il fut revêtu des formalités prescrites.

» C'est de cette époque seulement qu'on doit entendre la maxime de droit suivant laquelle il faut, pour la validité d'un Testament, que le testateur soit capable au moment où il le fait, et la règle de Caton, *quod ab initio nullum est, tractu temporis non potest convalescere.*

» Le testateur qui veut faire un Testament public, est tenu de le dicter au notaire, et il y a une infinité de personnes auxquelles il serait bien difficile de dicter un Testament. Que fait-on? Un avocat ou un notaire le rédige d'abord, et le testateur le dicte en présence d'un ou de deux notaires et des témoins; il leur donne lecture de l'écrit qu'il tient à la main.

» Or, peut-on lui demander s'il avait la capacité de tester au moment où il faisait rédiger cet écrit! Point du tout. Cet écrit n'était alors qu'un *simple projet* dont la validité ou la nullité n'intéressait personne.

» Il en est de même de l'acte que le testateur a destiné pour devenir un jour son *Testament mystique*. Qu'il soit mineur ou imbécille à l'époque où il rédige son acte de dernière volonté, peu importe : il suffit que, devenu majeur ou sain d'esprit, il approuve ce qu'il a fait pendant sa minorité, ou à une époque où il était encore en curatelle à cause de son imbécillité, qu'il déclare alors devant notaire et témoins que telle est sa dernière volonté.

» Il en est de même des formalités extrinsèques Un jeune homme, par exemple,

signe et dicte ses dispositions de dernière volonté qu'il a fait écrire par un autre. Depuis, il se fait enrôler ou il fait un voyage sur mer; il présente son acte à un chef de bataillon en présence de deux témoins, ou à l'officier commandant le bâtiment et à l'officier d'administration, pour le revêtir des formalités d'un Testament mystique. Ce Testament sera-t-il nul, par cela seul que le testateur n'était pas *militaire* ou ne *voyageait pas sur mer*, lorsqu'il le signa? Non; nous pensons qu'on ne doit avoir égard qu'à l'*acte de suscription*, puisqu'à cette époque seulement, le testateur a réalisé *son projet*.

» Ainsi, dans un Testament mystique, la date de l'écrit qui renferme les dispositions du testateur, n'est pas de l'essence du Testament. La nécessité de dater séparément cet écrit, ne résulte pas de la nature des choses; et comme le Code civil ne prescrit pas non plus cette formalité, on ne peut annuler un Testament mystique pour omission de la date dans l'écrit qui contient les dispositions du testateur....

» Nous estimons, en conséquence, qu'il y a lieu de rejeter la requête du demandeur ».

Conformément à ces conclusions, arrêt du 14 mai 1809, par lequel,

« Attendu que l'art. 976 du Code civil veut que le testateur qui fait un Testament mystique ou secret, signe ses dispositions, soit qu'il les ait écrites lui-même, soit qu'il les ait fait écrire par un autre; que ni cet article, ni aucun autre ne lui ont commandé de les dater, et que le silence du Code à cet égard s'explique par l'obligation qu'il impose de mettre à ces sortes de Testamens une suscription dont l'acte rédigé par un notaire, doit nécessairement avoir une date comme tous les actes de ces fonctionnaires; que si, dans l'espèce, l'écrit contenant les dispositions testamentaires de Jean Triboulon, ne présente que la date du lieu, du jour et du mois, sans désignation de l'année, l'acte de suscription signé d'un notaire et du nombre requis de témoins, est daté du 28 *ventôse an* 12; qu'ainsi le Testament dont il s'agit, n'offre rien de contraire à ce que prescrit le Code civil; et que la cour d'appel de Nismes n'aurait pu l'annuler, sans ajouter aux dispositions du Code;

» La cour rejette le pourvoi..... ».

XI. L'acte de suscription d'un Testament mystique est-il valable, lorsqu'il y est énoncé, non pas que le testateur l'a présenté au notaire et aux six témoins, mais qu'en présence de six témoins, il l'a remis au notaire?

Le 23 juin 1789, la dame Cochard, épouse du sieur Demoustier, domiciliée à Villefranche en Beaujolais, fait, en faveur de son mari, un Testament mystique, dont l'acte de suscription est ainsi conçu : « Pardevant...., » en présence des témoins ci-après nommés » (au nombre de six), fut présente..., laquelle..., » a présentement remis audit notaire la pré- » sente feuille....».

Après la mort de la testatrice, procès entre son héritier institué et son héritier *ab intestat*. Celui-ci prétend qu'au mot *remettre* est attachée une idée différente de celle qu'exprime le mot *présenter*; que d'ailleurs la loi veut que le Testament soit présenté, non *au notaire, en présence de six témoins*, mais *à sept témoins, y compris le notaire*; que, de ces deux manières de procéder, il ne faut pas confondre la deuxième avec la première; que les témoins, lorsqu'on ne fait que présenter le Testament au notaire en leur présence, ne se croient pas obligés d'examiner, chacun personnellement, la forme extérieure du papier, la signature, les sceaux, les ligamens dont il est revêtu; qu'il en est autrement lorsque le Testament leur est présenté à eux-mêmes; qu'il est naturel alors qu'ils se regardent comme appelés à l'examen de tous ces objets; que c'est autant pour leur inspirer cette opinion, que pour les déterminer à agir en conséquence, que le législateur s'est exprimé comme il l'a fait; qu'ainsi, les termes employés dans l'acte de suscription du 23 juin 1789, ne remplissent pas le but de la loi; et que le Testament de la dame Demoustier doit être déclaré nul.

Par arrêt du 16 prairial an 13, la cour d'appel de Lyon rejette la réclamation de l'héritier légitime, et ordonne l'exécution du Testament.

L'héritier légitime se pourvoit en cassation; mais par arrêt du 7 avril 1806, au rapport de M. Doutrepont,

« Attendu que le vœu de l'art. 9 de l'ordonnance de 1735 est rempli dans l'acte de suscription du Testament dont il s'agit, puisqu'il y est écrit que la dame Cochard, femme Demoustier, a *remis* son Testament au notaire, en présence des témoins;

» La cour rejette le pourvoi....».

La question s'est représentée depuis dans une espèce, où, en soutenant, comme dans la précédente, que le mot *remis* n'équivalait pas au mot *présenté*; on soutenait qu'en tout cas la présentation était nulle, parcequ'elle n'avait été faite qu'au notaire, tandis qu'elle eût dû l'être aux témoins en même temps qu'à cet officier.

Il s'agissait du Testament mystique que Barthe Vanhamme avait fait revêtir à Bruxelles, le 2 juillet 1806, d'un acte de suscription reçu par un notaire en présence de six témoins.

Les héritiers légitimes de la testatrice prétendaient que cet acte était nul, notamment parcequ'il y était simplement dit : *laquelle testatrice nous a remis ce présent cahier;* et qu'ainsi, il ne constatait pas la présentation faite par la testatrice aux témoins en même temps qu'au notaire, du papier contenant ses dispositions de dernière volonté. « *L'action* » *de remettre* (ont-ils dit) est la tradition, la » délivrance matérielle d'une chose, *datio de* » *manu ad manum ;* ce qui ne peut s'accom- » plir qu'entre deux personnes, l'individu » qui remet et l'autre qui reçoit; au lieu que » la *présentation* est un fait d'exhibition qui » peut s'opérer par celui qui produit la pièce, » envers plusieurs autres simultanément. Ce » cahier n'a point été *présenté*, mais seule- » ment *remis;* il n'est pas fait mention de té- » moins, parce qu'une remise collective était » même impraticable. Ainsi, le pronom *nous* » ne saurait envelopper les six témoins dans » l'étendue de sa signification ; il se réfère au » notaire seul, comme instrumentant dans » l'exercice de ses fonctions; c'est une expres- » sion qui en relève la dignité; tel est aussi » l'usage notoire ».

Le 7 janvier 1814, jugement du tribunal de première instance de Bruxelles, qui rejette ce moyen de nullité, et déclare ce testament valable, « attendu que l'acte de suscription » fait par le notaire, porte directement ces » mots, *laquelle* NOUS *a remis ce présent* » *cahier*, et plus haut, *comme il est apparu* » *à* NOUS NOTAIRE ET TÉMOINS, ce qui prouve à » l'évidence la présence simultanée du notaire » et des témoins, et la présentation faite à » tous du testament en question, sans qu'on » puisse alléguer que le notaire, en se servant » du pronom *nous*, a moins voulu attester la » présence et la présentation faite aux témoins, » que se conformer à l'usage où sont parfois » les notaires d'employer le pluriel, quoiqu'ils » figurent seuls dans un acte, puisque ce mê- » me notaire, après s'être assuré des élémens » de la suscription, et étant parvenu au point » où commence son ministère, change de » langage et ne dit plus *nous;* il dit *je soussi-* » *gné*, preuve certaine que l'expression *nous*, » dont il s'est servi dans le reste de l'acte, » signifie que la présentation a été faite à lui » notaire et aux témoins ».

Appel de la part des héritiers légitimes; mais par arrêt du 15 juin de la même année, la cour supérieure de justice de Bruxelles, « adoptant les motifs des premiers juges, met » l'appellation au néant (1) ».

V. le plaidoyer et l'arrêt du 11 mai 1812, rapportés ci-après, n° 28.

XII. L'acte de suscription d'un Testament doit-il, à peine de nullité, contenir la déclaration expresse du testateur, que le papier qu'il présente, est son Testament; ou peut-on induire des termes de l'acte de suscription, que cette déclaration a été faite par le testateur ?

Le 17 septembre 1771, Marguerite Durand, épouse de Théodore Sinac, fait un Testament mystique, dont l'acte de suscription est ainsi conçu : « Fut présente demoiselle Marguerite » Durand...., laquelle, étant dans le cabinet » de nousdit notaire....., nous a remis..... son » présent Testament clos, qu'elle a fait écrire » de la main de nousdit notaire.....; et après » l'avoir lu et relu, et trouvé conforme à sa » volonté, elle l'a signé au bas de chaque » page ».

Après la mort de Marguerie Durand, ses héritiers légitimes soutiennent que l'acte de suscription ne renfermant pas, de sa part, la déclaration formelle que le papier qu'elle a présenté au notaire, contenait son Testament, cette omission en entraîne la nullité; et que tel est le vœu de l'art. 9 de l'ordonnance de 1735, dont l'art. 976 du Code civil n'est que la répétition littérale.

Le tribunal de première instance accueille ce moyen, et déclare le Testament nul, « Attendu que la déclaration omise est for- » mellement prescrite par l'art. 9 de l'ordon- » nance de 1735; qu'un Testament mystique » n'est en lui-même qu'une pièce privée, qui » ne peut acquérir d'authenticité que par l'a- » veu qu'en fait son auteur; que tout ce qui » a été dit dans l'acte de suscription, n'est » qu'une vaine locution, lorsque c'est le no- » taire qui le dit, et non pas le testateur lui- » même, à qui la loi impose l'obligation de le » dire ».

Sur l'appel,

« Considérant, en fait, que, dans l'acte de suscription, on ne trouve pas que Marguerite Durand ait nommément *déclaré* avoir fait écrire son présent Testament, mais seulement qu'elle a remis au notaire, en présence des témoins, son présent Testament qu'elle a fait écrire;

» Mais, en droit, considérant que le mot

(1) Jurisprudence de la cour supérieure de justice de Bruxelles, année 1814, tome 2, page 115.

déclarera, dont se sert l'art. 9 de l'ordonnance de 1735, n'est pas sacramentel, et qu'il peut être suppléé par des termes équipollens; que cette formalité, dans l'intention de la loi, n'a d'autre objet que d'assurer que le papier auquel se trouve apposé l'acte de suscription, est identiquement le même que celui présenté et remis par le testateur; et que l'acte de suscription dont il s'agit, contient des expressions qui ne permettent pas de douter que c'est la testatrice elle-même qui a fait la déclaration que la loi a exigée du testateur;

» La cour (d'appel de Toulouse) dit qu'il a été mal jugé, et ordonne l'exécution du Testament ».

Les héritiers de Marguerite Durand se pourvoient en cassation; mais par arrêt du 15 juillet 1806, au rapport de M. Vallée,

« Attendu que l'art. 9 de l'ordonnance *des Testamens* n'exige pas que la déclaration du testateur soit conçue dans tels ou tels termes; qu'en conséquence, il suffit que l'on puisse *induire* la déclaration des termes de l'acte; que, dans l'espèce, la cour d'appel de Toulouse ayant décidé que la déclaration exigée sortait des termes de l'acte, son arrêt n'a pas violé l'article invoqué;

» La cour rejette le pourvoi.....

XIII. 1° L'acte de suscription doit-il contenir la mention formelle que c'est le testateur lui même qui a présenté son Testament au notaire et aux témoins?

2° Cette mention est-elle suffisamment exprimée, lorsqu'il est dit dans l'acte de suscription, que le testateur a déclaré devant le notaire et les témoins, *que ce qui est contenu dans la présente feuille de papier servant d'enveloppe, est son Testament*?

3° Est-elle suffisamment exprimée par cela seul qu'il est dit dans l'acte de suscription, que le testateur a *cacheté* son Testament en présence du notaire et des témoins?

4° L'est-elle suffisamment si, au lieu des mots *a cacheté*, l'acte de suscription porte *a fait cacheter*?

Voici une espèce dans laquelle j'ai traité les trois premières de ces quatre questions, en même temps que celles qui sont indiquées ci-dessus, §. 1, art. 6, n° 12, ainsi que dans les n°s 9 et 18 du présent article.

Le 3 mars 1778, Henri Nauthon, domicilié à Béziers, et conseiller en la sénéchaussée de la même ville, fait un Testament mystique ainsi conçu:

» Je donne et lègue à Henri-Marie-Amand Nauthon, mon fils unique, la somme de 10,000 livres, payable lorsqu'il aura atteint sa majorité, moyennant lequel legs *j'institue mon fils mon héritier particulier;* et dans le cas que mon fils vienne à décéder sans enfans et sans avoir disposé du susdit legs, je substitue audit legs Claire Nauthon et l'épouse de Noguier, mes deux sœurs, pour être partagé entr'elles par égales parts et portions.

» Plus, je donne et lègue à Claire Julien, ma mère, une pension viagère de 600 livres, qui lui sera payée de six mois en six mois par avance.....

» En tous mes biens, en quoi que le tout consiste et puisse consister, de présent et à l'avenir, *je fais et institue pour mon héritier universel et général, Amand Pellet*, conseiller et receveur des tailles du présent diocèse, citoyen dudit Béziers.....

» C'est mon dernier Testament, que j'ai dicté moi-même à Moureau, notaire, mon bon ami, qui a bien voulu l'écrire à ma prière...., et je l'ai signé en fin à chaque page, avec ledit Moureau. Fait dans la maison et étude de Moureau, à Béziers, le 3 mars 1778. *Signé* Nauthon *et* Moureau ».

Le même jour, ce Testament est revêtu d'un acte de suscription rédigé dans les termes suivans:

« L'an 1778 et le troisième jour du mois de mars, *dans Béziers*, avant midi, pardevant nous Jean Moureau, notaire de ladite ville, et témoins ci-bas nommés, fut présent Henri Nauthon, conseiller, magistrat en la sénéchaussée et siége présidial de la présente ville, lequel, étant en parfaite santé, a dit et déclaré, devant nous notaire et témoins, que ce qui est *contenu dans la présente feuille de papier marqué, servant d'enveloppe, est son Testament clos*, qu'il a dicté et fait écrire par nousdit notaire, et qu'il a signé avec nous, à chaque fin de page; lequel Testament il a cacheté avec un ruban de soie bleue, en quatre endroits, du cachet de ses armes, sur cire rouge flamboyante....; voulant qu'après son décès, l'ouverture en soit faite par nousdit notaire, ou celui qui succédera à nos notes.

» Fait, lu et récité au testateur, qui y a persisté, présens Jean Aoust père, cordonnier, Joseph Cuvillier, plâtrier, Jean Bessière, maçon, Jean Vialla, garçon maçon, Jean Couly, garçon cordonnier, et Pierre Peret, tonnelier, tous habitans dudit Béziers, qui ont signé avec ledit testateur et nous notaire ».

Le 4 août 1789, Henri Nauthon est assassiné sur la grande route, en revenant de sa campagne à Béziers. Le ministère public rend aussitôt plainte contre les auteurs de ce cri-

me ; une procédure s'instruit ; le tuteur du jeune Henri-Marie-Amand Nauthon se rend partie civile ; mais après une longue instruction, il intervient, le 11 juin 1791, au tribunal du district de Béziers, un jugement qui acquitte le nommé Vassal, accusé présent, et ordonne un plus amplement informé à l'égard de trois autres qui sont contumax.

Le mineur Nauthon appelle de ce jugement, mais sans le concours du ministère public qui y acquiesce.

Amand Pellet, héritier institué par le Testament du 3 mars 1778, intervient sur cet appel.

Le 11 janvier 1792, jugement du tribunal du district de Lodève, qui confirme celui du 11 juin 1791, et condamne solidairement Nauthon et Pellet à 2000 livres de dommages-intérêts envers Vassal.

Le 19 fructidor an 8, Nauthon fait assigner Pellet en délaissement de la succession de son père. A l'appui de cette demande, il soutient que le Testament mystique du 3 mars 1778 est nul,

1° Parceque l'acte de suscription n'exprime pas que le testateur a *présenté* sa dernière disposition au notaire et aux témoins ;

2° Parcequ'on n'y trouve pas désignée la paroisse sur laquelle le testateur et les témoins résident à Béziers ;

3° Parceque le Testament lui-même est infecté du vice de prétérition, en ce que l'institution qui y est faite au profit de Nauthon fils, n'est pas pure et simple ;

4° Parceque la volonté du testateur n'a pas été de gratifier Pellet ; qu'en l'instituant, il n'a eu d'autre vue que de s'acquitter envers lui d'une somme considérable qu'il lui devait ;

5° Que Pellet s'est rendu indigne de l'hérédité, pour avoir négligé de venger la mort du testateur.

Par jugement du 10 fructidor an 10, le tribunal de première instance de Béziers déboute Nauthon de sa demande, et maintient Pellet dans la possession et jouissance de l'hérédité litigieuse. Appel.

Le 12 pluviôse an 12, la cour d'appel de Montpellier, après avoir entendu les parties, reconnaît que les questions soumises à son examen, consistent à savoir,

« 1° Si l'acte de suscription du 3 mars 1778, du Testament de Nauthon le père, du même jour, est nulle pour contravention aux art. 9 et autres de l'ordonnance de 1735, comme ne contenant pas la preuve de la présentation du Testament au notaire et aux témoins ;

» 2° Si cet acte de suscription est nul, pour contravention à l'art. 167 de l'ordonnance de Blois, comme ne contenant pas l'énonciation du domicile du testateur, de la paroisse de ce testateur, et des témoins, et de la maison où l'acte a été rédigé ;

3° Si le Testament de Nauthon père, du 3 mars 1778, est nul pour contravention aux art. 50, 53 et autres de l'ordonnance des Testamens, à cause de la prétérition de Nauthon fils ;

4° Si ce Testament est nul, par défaut de volonté du testateur, ou comme étant l'effet d'une volonté captatoire, ou comme l'effet de l'erreur ;

5° Si le Testament doit être considéré comme un bail en paiement, et ses effets réduits au paiement des créances dues à Pellet ;

6° Si Pellet doit être déclaré indigne de l'hérédité de Nauthon père, pour n'avoir pas fait de poursuites à raison de l'assassinat de ce dernier ».

Statuant ensuite sur chacune de ces questions, elle considère,

» Sur la première, qu'en point de droit, les dispositions de l'art. 9 de l'ordonnance de 1735, relatives à la difficulté qui s'élève, sont conçues en ces termes : *Lorsque le testateur voudra faire un Testament mystique ou secret, il sera tenu de signer ses dispositions, soit qu'il les ait écrites lui-même ou qu'il les ait fait écrire....; et sera le papier qui contiendra lesdites dispositions.... clos et scellé..... Le testateur présentera ledit papier ainsi clos et scellé à sept témoins au moins, y compris le notaire ou tabellion, ou il le fera clore et sceller en leur présence, et il déclarera que le contenu audit papier est son Testament, etc.....* ; Qu'en point de fait, l'acte de suscription du Testament dont il s'agit, contient *la preuve évidente* que la formalité de la présentation a été remplie ; on lit, en effet, dans cet acte, les expressions suivantes : *Fut présent Henri Nauthon...., lequel a dit et déclaré devant nousdit notaire et témoins, que ce qui est contenu dans la présente feuille de papier marqué, servant d'enveloppe, est son Testament clos....., lequel Testament il a cacheté avec un ruban de soie bleue, en quatre endroits, du cachet de ses armes, sur cire rouge..... Fait, lu et récité.... présens ;* etc. Toute cette narration dont le notaire a été ou dû être le rédacteur, prouve que la *présentation* a été faite : il en résulte, en effet, que le testateur a cacheté la feuille de papier qu'il a déclaré contenir son Testament, et y a empreint en quatre endroits le cachet de ses armes ; que ces sceaux ont été apposés en présence des témoins, ainsi que l'indiquent les

expressions de l'acte; que c'est après cette opération, que le testateur a remis le papier au notaire, en faisant la déclaration consignée dans l'acte, et dès que cette déclaration que l'acte constate avoir été faite devant le notaire et les témoins, a pour objet de dire que le contenu en *la présente feuille* est le Testament clos du déclarant, *il est évident* que cette déclaration faite au notaire et aux témoins était accompagnée de *la présentation du papier* qui était l'objet de cette déclaration; d'où il suit que la nullité proposée sur ce motif, n'est point fondée et ne peut être admise;

» Sur la seconde question, que l'art. 167 de l'ordonnance de Blois est conçu en ces termes: *Seront tenus les notaires de mettre et déclarer par les contrats, Testamens et actes, la qualité, demeurance et paroisse des parties et témoins y dénommés, la maison où les contrats seront passés, et pareillement le temps d'avant ou après midi qu'ils auront été faits....* Avant l'ordonnance de Blois, celle de 1539 avait consacré, à l'art. 67, la disposition suivante: *Tous notaires et tabellions seront tenus mettre sur leurs contrats, par la peine de privation de leurs offices et d'amende arbitraire, les lieux des demeurances des conteactans.....* Dans le fait, l'acte de suscription du 3 mars 1778, énonce le domicile et la qualité des témoins; il énonce aussi la qualité et le domicile du testateur en ces termes: *Henri Nauthon, conseiller, magistrat en la sénéchaussée et siége présidial de la présente ville.* L'acte n'énonce ni la paroisse du testateur et des témoins, ni la maison où il a été rédigé. Le défaut de cette énonciation n'a pas paru au tribunal devoir produire la nullité de l'acte, parceque cette nullité n'est pas prononcée par l'art. 167 de l'ordonnance de Blois; et qu'il y a cette distinction à faire entre les dispositions impératives et les dispositions prohibitives, que lorsque la loi prohibe, ce qui est fait contre la prohibition, est nul; *Quæ contra legis prohibitionem fiunt, pro infectis habentur;* et lorsqu'elle commande, sans ajouter la peine de nullité en cas d'omission, alors la nullité ne doit pas avoir lieu, parceque les nullités ne sont point arbitraires et ne doivent point être suppléées; distinction qui résulte des termes de la loi 5, C. *de legibus*; distinction qui se trouve aussi justifiée par l'art. 3 de la loi du 27 novembre 1790 et l'art. 3 de celle du 4 germinal an 2, où le législateur n'admet de nullité, quoique non prononcée par la loi, que lorsqu'il s'agit de la violation des lois émanées des représentans du peuple depuis 1789, laissant subsister pour les lois antérieures; distinction qui résulte aussi de l'ordonnance de Blois; car dans l'art. 165, elle prononce la peine de nullité pour l'omission de certaines formalités, tandis qu'elle ne la prononce point dans l'art. 167. Il a paru d'ailleurs, d'après les deux lois rapprochées de 1537 et 1539, que le législateur n'avait attaché à cette disposition d'autre peine que celle d'une amende contre le notaire; ce qui résulte encore d'un arrêt de réglement du parlement de Toulouse, du 26 février 1659, rapporté au tome 6, page 352 du *Recueil judiciaire*, in-4°, et ce qui est consacré par la dernière loi sur le notariat, du 25 ventôse an 11. Ainsi, cette nullité n'a pas non plus été jugée fondée;

« Sur la troisième question, qu'en point de droit, le père disposant de ses biens, doit laisser à ses enfans une portion quelconque de son bien, et les instituer héritiers en ce qui leur est donné: telles sont les règles du droit écrit, confirmées par les art. 50, 51, 52 et 53 de l'ordonnance de 1735: à défaut, le Testament doit être déclaré nul pour cause de prétérition. Mais, en point de fait, Nauthon le père a donné à son fils, par le Testament du 3 mars 1778, une somme de 10.000 livres, moyennant lequel legs, il l'a institué son héritier particulier; qu'ainsi, ce Testament ne peut être argué du vice de prétérition. Le délai apposé au paiement du legs, la substitution dont il est grevé, en cas de décès du fils sans enfans et sans avoir disposé, n'empêche pas que ce legs ne contienne dans le fait une libéralité réelle et effective, qui, quelque modique qu'elle soit, suffit pour couvrir le vice de la prétérition, aux termes de l'art. 51 de l'ordonnance de 1735, et des lois 30 et 32, C. *de inofficioso Testamento.* Nauthon peut d'autant moins prétendre avoir été prétérit, qu'il a reçu, en vertu du Testament du 3 mars 1778, les 10,000 livres qui lui ont été léguées par son père: ainsi, ce moyen de nullité est détruit dans le fait par la disposition du Testament;

» Sur la quatrième question, que mal à propos Nauthon le fils argue de nullité le Testament du 3 mars 1778, sous prétexte qu'il n'est pas l'effet de la volonté de son père, d'une volonté juste, d'une volonté libre, d'une volonté pure; que ce Testament est captatoire, vu qu'il a été l'effet de l'erreur;

» 1°. Rien ne prouve mieux, *dans le fait*, la volonté de Nauthon père, que le Testament même du 3 mars 1778; il en est tout à la fois l'expression et la preuve.

» 2°. Il est très-vrai que la loi regarde comme injuste la volonté d'un père qui ne laisse rien à son fils, ou qui le déshérite sans

de justes motifs; mais Nauthon le père n'a pas exhérédé son fils, il l'a institué son héritier en la somme de 10,000 francs; si cette somme ne suffit pas pour le remplir de sa légitime, la loi lui réserve l'action en supplément qu'il est libre d'exercer. Ainsi, mal à propos Nauthon le fils accuse la volonté de son père: on doit croire qu'il a eu des motifs légitimes d'instituer Pellet son héritier universel; la loi lui en donnait d'ailleurs le droit, sa volonté doit être respectée.

» 3°. Un Testament est sans doute nul, quand il a été dicté par la violence et la crainte; mais il n'existe aucune preuve que Nauthon le père ait été contraint à faire le Testament du 3 mars 1778; tout en exclud l'idée. Nauthon le père a survécu onze ans à ses dispositions; il pouvait supprimer son Testament; il pouvait le révoquer; il pouvait en faire un autre; il l'a au contraire conservé. Ce Testament était donc l'effet d'une volonté libre et réfléchie. Si Pellet était son créancier, si Nauthon lui devait d'ailleurs des sommes considérables, le sentiment qu'aurait produit en lui l'état ou le désordre de ses affaires, n'empêcherait pas qu'on ne dût regarder son Testament comme l'effet de sa volonté; car la loi permet d'instituer pour héritier celui dont on est le débiteur. Ce moyen indirect de se libérer ou de couvrir la situation de ses affaires n'ôte rien à la puissance et à l'efficacité du testament.

» 4° Il est certain, dans le droit, que la volonté du testateur dans un Testament, ne doit pas s'y trouver mêlée avec l'expression de la volonté d'autrui; ce concours constituerait un contrat et non un Testament; mais le Testament dont il s'agit ne contient, dans le fait, que l'expression de la volonté de Nauthon père: ainsi, le Testament ne peut être querellé sous ce rapport.

» 5° Il ne peut l'être non plus sous prétexte, comme l'a dit Nauthon fils, que Nauthon le père s'était proposé, par ce Testament, de capter ou de s'attirer l'hérédité de Pellet. La loi ne qualifie de dispositions captatoires, dans ce sens, et ne réprouve comme telles, que celles dont l'efficacité est subordonnée au secret de la volonté d'autrui: *Captatorias institutiones non eas senatus improbavit quæ mutuis affectionibus judicia provocaverunt, sed quarum conditio confertur ad secretum alienæ voluntatis.* Telle est la décision de la loi 70, D. *de heredibus instituendis.* Or, le Testament de Nauthon père est pur et simple; les dispositions qu'il contient, ne sont pas subordonnées, dans leurs effets, à la volonté d'autrui. On ne peut donc les regarder comme des dispositions captatoires. Le fait de la captation n'a d'ailleurs paru au tribunal établi d'aucune manière.

» 6° Enfin les dispositions de Nauthon père ne peuvent être regardées comme l'effet de l'erreur, puisque l'erreur en devrait être établie sur des preuves, et qu'elle ne l'est pas; Nauthon le père a d'ailleurs survécu onze ans à ses dispositions, y a persévéré jusqu'à son décès, et cette persévérance détruit toute supposition d'erreur. Ainsi, le tribunal n'a pas dû admettre le moyen de nullité proposé sur le fondement du défaut de volonté régulière ou légale de la part de Nauthon le père.

» Sur la cinquième question, qu'on ne saurait considérer, dans le droit, le Testament du 3 mars 1778 comme un bail en paiement, et en réduire les effets au règlement des créances dues par Nauthon le père à Pellet, les actes devant valoir suivant le titre et la qualification que les parties leur ont donné. Nauthon père ayant fait un Testament, ayant institué Pellet pour son héritier, il n'est pas permis de considérer ce Testament et cette institution sous d'autres rapports et dans un autre sens que ceux que leur donne ce titre, et de leur attribuer d'autres effets que ceux que la loi donne à un titre de cette nature. Il peut être vrai, dans le fait, que Nauthon a voulu se libérer envers Pellet par cette institution; que Pellet n'ait lui-même regardé le titre qui lui a été déféré, que comme un mode de paiement; mais ces motifs particuliers n'ôtent rien à l'efficacité du titre et aux droits que la loi y a attachés: ainsi, le Testament ne peut être converti en bail en paiement, et devenir le prétexte d'une liquidation et de discussions que la qualité de ce titre exclud: il doit être maintenu comme Testament, et avec tous les effets que la loi attache à ce titre;

» Sur la sixième question, que, dans le droit, l'héritier se rend indigne de l'hérédité, lorsqu'il reste indifférent sur la vengeance de la mort du testateur qui a péri victime d'un attentat; qu'on devrait néanmoins admettre cette différence entre les dispositions du droit français et celles du droit romain, qu'en France, les lois ayant établi un magistrat chargé de la poursuite des crimes, il suffit que l'héritier dénonce le crime, sans en faire la poursuite; que les lois romaines et la jurisprudence ont d'ailleurs admis des exceptions à cette règle: la première, lorsque l'héritier testamentaire avait été prévenu dans la poursuite par un des héritiers légitimes, et que cet héritier testamentaire n'avait pas été sommé de se

joindre à l'héritier légitime et constitué en demeure; la seconde, lorsque l'héritier était intervenu en cause d'appel. Or, Pellet se trouverait dans chacune de ces exceptions, puisque le crime a été dénoncé au ministère public par lui, et que les poursuites ont commencé le jour même où il a été commis; que, d'autre part, le tuteur de Nauthon fils est intervenu dans la procédure, et Nauthon lui-même, après sa puberté, sans qu'il ait été fait des sommations à Pellet de se joindre aux poursuites; qu'enfin, Pellet est intervenu en cause d'appel, et a été condamné solidairement avec Nauthon fils, aux dommages et intérêts envers Vassal, un des accusés qui a été absous. Mais sans se livrer à toutes ces discussions et à l'examen des opinions adoptées ou combattues par les jurisconsultes, le tribunal a reconnu, dans le fait, que c'est par les soins de Pellet et à ses frais, que les poursuites ont été faites contre les individus prévenus de l'assassinat de Nauthon père; que Nauthon fils était sans moyens pour se livrer lui-même à ces poursuites; que Pellet est intervenu en cause d'appel en *son propre nom;* que le jugement rendu sur l'appel, l'a considéré comme partie civile. Ainsi, on ne peut l'accuser d'avoir reste indifférent sur l'assassinat de Nauthon père; il a fait tout ce qui dépendait de lui pour en obtenir vengeance; et le moyen d'indignité proposé contre lui, ne saurait par conséquent être admis ».

En conséquence, arrêt qui confirme le jugement dont est appel.

Nauthon se pourvoit en cassation contre cet arrêt.

« Les moyens de cassation que vous propose le demandeur (ai-je dit à l'audience de la section des requêtes, le 6 ventôse an 13) se rapportent, et au fond des dispositions contenues dans le Testament de son père, et à la forme extrinsèque de cet acte; et à des faits qui ont suivi la mort du testateur : ils se divisent par conséquent en trois classes; et nous croyons devoir commencer par ceux de la troisième, parcequ'ils n'offrent aucune difficulté sérieuse, afin de ramener ensuite et de concentrer toute votre attention sur les autres.

» Les faits postérieurs à la mort de Nauthon père, qui fournissent au demandeur ce qu'il appelle des moyens de cassation, sont l'ouverture du Testament, et l'inaction de l'héritier institué envers les assassins de son bienfaiteur.

» Dans la manière dont il a été procédé, après la mort de Nauthon père, à l'ouverture de son Testament mystique, le demandeur trouve deux contraventions aux lois romaines. Ces lois, dit-il, voulaient que le Testament fût ouvert devant le juge, et il l'a été devant un notaire. Première contravention. Elles voulaient que l'ouverture du Testament fût faite en présence de tous les témoins qui avaient assisté à l'acte de suscription, elle ne l'a été qu'en présence de trois de ces témoins. Deuxième contravention. Il n'existe donc aucune preuve légale de l'identité du Testament que Pellet m'oppose, avec celui qui, avant la mort de mon père, portait sur son enveloppe l'acte de suscription du 3 mars 1778. La cour d'appel de Montpellier a donc violé, en ordonnant l'exécution de ce Testament, les dispositions des lois romaines concernant l'ouverture des actes de dernière volonté faits dans la forme mystique.

» Une seule observation nous paraît suffire pour écarter ce premier moyen, et la voici. Ce n'est pas l'héritier institué qui a requis l'ouverture du Testament devant un notaire, ce n'est pas l'héritier institué qui a requis ce notaire d'y procéder en présence de trois des témoins seulement, en donnant défaut contre les trois autres qui avaient été cités pour y comparaître; c'est le demandeur lui-même qui a fait l'une et l'autre réquisition par l'organe de son tuteur. Si donc, il y avait quelque irrégularité dans l'ouverture du Testament, on ne pourrait l'imputer qu'au demandeur, et l'héritier institué ne pourrait pas en souffrir.

» Mais il y a plus : on ne peut pas même reprocher la plus légère irrégularité au procès verbal d'ouverture.

» Le Testament aurait sans doute pu être ouvert devant le juge; mais il pouvait aussi l'être devant un notaire. *Comme l'usage* (dit Furgole, chap. 2, sect. 4, n° 8) *a introduit de faire des suscriptions devant notaire, on a aussi introduit la coutume de faire procéder à leur ouverture et publication par les notaires; et ces sortes d'ouvertures sont considérées comme aussi valables, que si elles étaient faites devant le juge.*

» Serres, dans ses *Institutions au droit français*, liv. 2, tit. 10, §. 3, confirme bien positivement cette assertion : *les formalités pour procéder à l'ouverture des Testamens clos et mystiques, après la mort du testateur* (dit-il), *sont marquées dans les titres du Digeste et du Code*, Testamenta quemadmodùm aperiantur; *cependant on ne les suit pas exactement dans cette province* (de Languedoc), *où l'ouverture et publication de ces Testamens se fait plus communément*

et ordinairement par le notaire qui a reçu l'acte de suscription, s'il est vivant, ou autre, le ministère du juge n'étant pas nécessaire pour cette ouverture, suivant l'usage qui s'y observe. Les notaires même de cette ville de Montpellier ont obtenu un arrêt contradictoire du parlement de Toulouse, le 15 juillet 1747, contre le juge-mage, qui les a maintenus, selon l'usage de cette province, à faire eux-mêmes l'ouverture des Testamens clos, à son exclusion.

» Et ce n'est pas seulement en France que cet usage est établi : Voët, sur le Digeste, titre *Testamenta quemadmodùm aperiantur*, n° 5, assure, d'après Grotius, qu'il est le même dans les Provinces-Unies des Pays-Bas.

» D'un autre côté, il n'était pas nécessaire que tous les témoins instrumentaires assistassent à l'ouverture du Testament : il suffisait, comme le remarque Serres à l'endroit cité, qu'ils fussent assignés pour y être présens, *s'ils le voulaient*. Et la loi 6, D. *Testamenta quemadmodùm aperiantur*, n'exige pas la présence de tous les témoins instrumentaires ; elle se contente de celle du plus grand nombre, c'est-à-dire, de quatre sur sept. Or, dans notre espèce, il est intervenu à l'ouverture quatre des sept personnes devant lesquelles avait été passé l'acte de suscription, savoir, le notaire, que l'art. 9 de l'ordonnance de 1735 qualifie expressément de *témoin*, en fait de Testament mystique, et trois des témoins particuliers.

» Ainsi, à tous égards, la manière dont a été ouvert le Testament de Nauthon père, échappe à la critique du demandeur.

» Quant à la prétendue négligence de l'héritier institué à poursuivre les assassins du testateur, nous n'examinerons pas quel en serait le résultat, d'après les lois romaines combinées avec nos usages, si elle était aussi réelle qu'on le suppose ; mais nous dirons, et il n'en faut pas davantage pour écarter le moyen de cassation que l'on prétend en tirer, nous dirons que l'idée de cette prétendue négligence s'évanouit à la seule lecture de l'arrêt de la cour d'appel. Il y est en effet reconnu dans les termes les plus positifs, que c'est Pellet lui-même qui, sous le nom de Nauthon fils, et dans la vue assurément très-louable, d'obtenir pour cet enfant des dommages-intérêts plus considérables qu'il n'eût pu en espérer de son propre chef, a figuré comme partie civile dans toute la procédure ; que c'est Pellet lui-même qui, sous le nom de Nauthon fils, a fait, pendant l'instruction criminelle, toutes les démarches, toutes les poursuites, toutes les avances de frais ; qu'en un mot, ce que Pellet eût pu être obligé de faire personnellement pour venger la mort du testateur, il l'a réellement fait sous le nom et pour l'avantage de Nauthon fils.

» Les faits qui ont suivi la mort du testateur, ne donnent donc pas la plus faible prise à la cassation de l'arrêt attaqué par le demandeur ; et nous devons nous hâter de dire qu'il en est de même du fond des dispositions contenues dans le Testament confirmé par cet arrêt.

» Nous savons bien, comme le demandeur vous l'expose, qu'il n'y a point de Testament là où il n'existe point, de la part du testateur, une volonté formelle d'avantager l'héritier qu'il institue : mais comment cherche-t-on à vous prouver que Nauthon père n'avait point cette volonté, en instituant Pellet ? La preuve, dit-on, en est écrite dans la déclaration faite par Pellet lui-même, en thermidor an 8, devant le bureau de paix, et de laquelle il résulte que le Testament de Nauthon père n'était qu'une cession honnête qu'il lui avait faite de l'universalité de ses biens, en paiement de diverses créances qui en excédaient, suivant lui, de beaucoup la valeur.

» Il est difficile de concevoir comment on a pu se flatter de vous faire adopter un pareil moyen.

» Que, pour donner une couleur favorable au motif qui avait déterminé Nauthon à l'instituer héritier, au préjudice de son propre fils, Pellet ait dit, devant le bureau de paix, que la fortune de Nauthon était très-équivoque au moment où il avait fait son testament ; qu'il ait fait valoir les avances en argent et en fournitures de toute espèce qu'il avait précédemment faites à Nauthon ; qu'il en ait conclu que Nauthon avait cru faire une disposition sage, en l'instituant héritier, afin de prévenir les poursuites judiciaires qu'il eût pu exercer après sa mort, et qui eussent consumé tous ses biens en frais :

» Que peut-on inférer de tout cela contre la validité de l'institution et du Testament qui la contient ? Il n'a jamais été défendu à un débiteur d'appeler son créancier à sa succession : le créancier, en acceptant la succession de son débiteur, confond en lui-même ses créances : mais vouloir qu'il ne puisse pas, en sacrifiant ses créances, conserver le titre d'héritier, c'est un système qu'aucune loi n'avoue et qui révolte la raison.

» Il ne reste donc plus au demandeur que les moyens relatifs à la forme extrinsèque du Testament de son père : et ces moyens se réduisent à trois.

» Premièrement, dit-il, le Testament de

mon père, n'est ni dans la forme nuncupative, ni dans la forme mystique : il participe à la fois de l'une et de l'autre ; c'est une sorte de disposition amphibie que la loi méconnaît et réprouve.

» Non, sans doute, le Testament de Nauthon père n'est point nuncupatif ; mais comment vous prouve-t-on qu'il n'est point mystique ? C'est, dit-on, parcequ'il est signé, non-seulement par le testateur, mais encore par un notaire ; c'est encore parceque les dispositions en ont été communiquées et lues aux témoins appelés à l'acte de suscription.

» De ces deux raisons, il y en a une qui repose sur un fait controuvé : c'est la deuxième. L'acte de suscription énonce bien qu'il a été fait aux témoins lecture de cet acte même ; mais il ne contient certainement pas un seul mot qui tende à faire croire que le Testament même leur a été lu. Et quand il l'aurait été, en serait-il moins valable comme Testament mystique ? Ecoutons Bannelier, dans ses notes sur les *Traités de Droit français* de Davot ; tome 5, pages 55 et 56 : *L'objet de ce Testament étant de tenir les dernières volontés secrettes, la loi dispense le testateur d'en révéler le contenu au notaire et aux témoins : si néanmoins, par la confiance qu'il aurait en eux, il voulait bien le leur faire lire, ce Testament ne serait pas nul, quand même l'acte de suscription énoncerait qu'il a été lu. La loi dispense le testateur d'en communiquer les dispositions, mais elle ne le lui défend pas.*

» Quant à la première raison, où est la loi qui défend au testateur, disposant en forme mystique, de faire signer son Testament par la personne dont il a emprunté la main pour l'écrire ? Il y aurait sans contredit nullité dans ce cas, si la loi astreignait le testateur lui-même à écrire son Testament. Mais au lieu de l'écrire lui-même, il peut le faire écrire par qui il lui plaît. Et quel inconvénient y a-t-il donc à ce que, pour assurer d'autant mieux l'authenticité de ses dispositions, à ce que, pour les préserver d'autant plus sûrement de toute altération, à ce que pour empêcher d'autant plus efficacement qu'on ne leur substitue un écrit qui ne serait pas son ouvrage, il les fasse revêtir de la signature de l'écrivain qu'il emploie et que la loi lui permet d'employer ? D'inconvénient, il n'y en a point ; de loi prohibitive, pas davantage. Par conséquent point de nullité.

» Mais voici un autre moyen que le demandeur tire également de la forme extrinsèque du Testament. Par l'art. 167 de l'ordonnance de Blois, les notaires sont *tenus de mettre et déclarer par les contrats*, Testamens *et actes, la qualité, demeurance et paroisse des parties et témoins y dénommés, la maison où les contrats seront passés, et pareillement le temps, devant ou après midi, qu'ils auront été faits.* Or, dit le demandeur, l'acte de suscription du 3 mars 1778, n'exprime, ni le domicile du testateur, ni sa paroisse, ni la paroisse des témoins, ni la maison dans laquelle a été passé cet acte ; cet acte n'est donc pas conforme à l'ordonnance ; il est donc nul.

» Mais d'abord, il n'est pas vrai que, dans l'acte de suscription, le domicile du testateur ne soit pas désigné. Henri Nauthon y est qualifié de *conseiller-magistrat en la sénéchaussée et présidial de la présente ville* (de Béziers) ; et cette qualification équivaut bien à l'expression littérale du domicile de Henri Nauthon dans la ville de Béziers ; puisque Henri Nauthon ne pouvait pas exercer un office de magistrature, inamovible et à vie dans cette ville, sans y être domicilié de droit comme de fait. Le Code civil n'a pas introduit un droit nouveau, quand il a dit, art. 107, que *l'acceptation de fonctions conférées à vie emporte translation immédiate du domicile du fonctionnaire dans le lieu où il doit exercer ses fonctions* ; il n'a fait en cela que consacrer une maxime de tous les temps comme de tous lieux : le premier président de Lamoignon l'avait consignée dans l'art. 17 du premier titre de ses arrêtés ; Mornac (1), Basnage (2), le président Bouhier (3), Rodier (4), tous les auteurs l'avaient professée unanimement.

» Ensuite, l'acte de suscription exprime littéralement la profession de chacun des témoins, et il ajoute qu'ils *sont tous habitans de Béziers*. Il ne laisse, par conséquent, rien à deviner, soit sur le domicile, soit sur les qualités du testateur et des témoins.

» Mais il ne désigne pas leur paroisse ; et l'art. 167 de l'ordonnance de Blois veut que la paroisse soit désignée en même temps que la qualité et le domicile. Il y a plus : le même article veut que la maison dans laquelle se passe un Testament ou un contrat, soit indiquée par l'acte même ; et ici, cette indication manque absolument.

» Tout cela est vrai ; l'acte est muet sur ces deux points, et il ne devait pas l'être. Mais est-ce une raison pour le déclarer nul ? Si l'ordonnance de Blois s'expliquait, à cet égard,

(1) Sur la loi *pen.* D. *de senatoribus.*

(2) Sur l'art. 546 de la coutume de Normandie.

(3) Sur la coutume de Bourgogne, tome 1, page 444.

(4) Sur l'ordonnance de 1667, tit. 2.

en termes prohibitifs, si elle disait : *les notaires ne pourront passer aucun acte sans y désigner la paroisse des parties, celle des témoins, et la maison dans laquelle ils instrumentent*, l'oubli de cette désignation emporterait de plein droit la peine de nullité, parceque, comme le dit Dumoulin, sur la loi 1, D. *de verborum obligationibus*, *Negativa præposita verbo* POTEST, *tollit potentiam juris et facti, designans actum impossibilem.*

» Mais l'ordonnance de Blois ne s'exprime là-dessus qu'en termes dispositifs ; et il est de principe que toute disposition qui, dans une loi, ne détermine point la substance de l'acte qu'elle a pour objet, ne doit être considérée comme *irritante*, que quand la loi elle-même en prescrit l'observation à peine de nullité. C'est ce que la cour a jugé, notamment par arrêt du 13 fructidor an 10, au rapport de M. Poriquet, en rejetant la demande de la demoiselle Pénicaud, en cassation du jugement qui avait déclaré valable le mariage contracté entr'elle et le sieur Lanefranque ; et par un autre du 28 floréal an 11, au rapport de M. Delacoste, en rejetant la demande des héritiers de la demoiselle Marette, en cassation du jugement qui les avait déboutés de leur réclamation contre le mariage contracté entr'elle et le sieur Mackert.

» L'ordonnance de Blois n'est pas plus exigeante, par rapport à la désignation de la paroisse des parties et des témoins, et de la maison dans laquelle instrumente le notaire, qu'elle ne l'est, par rapport à l'indication de la partie de la journée dans laquelle l'acte se passe. Si donc, on pouvait déclarer nul un acte notarié, par la seule raison qu'il ne désignerait ni la paroisse des parties et des témoins, ni la maison dans laquelle cet acte est reçu, il faudrait aussi annuler tout acte notarié qui n'exprimerait pas s'il a été fait avant ou après midi.

» Or il a été constamment jugé que les actes dans lesquels il n'était pas exprimé s'ils étaient faits avant ou après midi, n'en étaient pas moins valables. Denisart, au mot *Notaire*, rapporte un arrêt du parlement de Paris, du 25 mai 1762, qui, sur les conclusions de M. Séguier, a confirmé une donation faite par la dame Bouvart à la fabrique de Maintenon, quoiqu'il ne fût pas exprimé dans l'acte s'il avait été passé avant ou après-midi. Et plus récemment encore, le 9 juillet 1782, un arrêt de la même cour, rendu sur les conclusions de M. Joly de Fleury, a déclaré valable, nonobstant le même défaut d'expression, le Testament par lequel la veuve Bierson avait, au préjudice de plusieurs enfans en bas âge, institué le nommé Forets son héritier mobilier universel.

» Dira-t-on qu'entendre ainsi l'art. 167 de l'ordonnance de Blois, c'est le rendre illusoire et sans effet ; qu'on ne peut pas supposer à cette ordonnance l'intention d'avoir disposé en vain, et que ce serait cependant en vain qu'elle aurait disposé, si elle n'avait pas voulu que toute contravention aux règles qu'elle prescrit emportât nullité ?

» On pourrait faire le même raisonnement sur toutes les lois purement dispositives ; et cependant il est généralement reconnu qu'une loi purement dispositive n'emporte nullité de plein droit, que lorsque sa disposition tombe précisément sur la substance de l'acte qu'elle a en vue. Ce raisonnement prouve donc trop, et par conséquent ne prouve rien.

» D'ailleurs, comme l'a très-bien observé la cour d'appel de Montpellier, l'art. 167 de l'ordonnance de Blois ne fait que renouveler et étendre l'art. 67 de l'ordonnance de 1539, qui voulait que les notaires fussent tenus, mais seulement *sur peine de privation de leurs offices et d'amende arbitraire, mettre par leurs contrats les lieux des demeurances des contractans.* La disposition de l'art. 167 de l'ordonnance de Blois n'est donc pas illusoire, puisqu'elle soumet le notaire qui la viole à des peines personnelles.

» Mais, comme le dit expressément Despeisses, tome 3, page 272, en rappelant cet article, *bien que le notaire, par tel défaut, soit condamné à l'amende, néanmoins l'acte n'est pas nul.*

» Passons au moyen qui forme la dernière ressource du demandeur, et faisons des vœux (la justice, l'humanité, la nature, nous le pardonneront), faisons des vœux pour qu'il soit aussi bien fondé que les autres le sont peu.

» En vous le proposant, on reconnaît que le Testament de Nauthon père doit être considéré comme mystique ; mais on soutient qu'il ne peut valoir comme tel.

» Il ne peut, dit-on, valoir comme tel, parceque, dans son acte de suscription, il ne contient pas la mention d'une formalité essentielle que prescrit l'art. 9 de l'ordonnance de 1735 (conforme en ce point à l'art. 976 du Code civil) ; et en effet, l'acte de suscription n'énonce pas que le testateur ait *présenté* son Testament, clos et cacheté, au notaire et aux témoins. Dès-lors, ajoute-t-on, quelle preuve y a-t-il que le Testament renfermé dans l'acte de suscription du 3 mars 1778, soit l'ouvrage du testateur même ? En cette matière, toute preuve qui n'est point

faite est comme si elle n'existait pas ; et certainement il n'y aurait, à cet égard, qu'une preuve imparfaite, si tout autre que le testateur présentait au notaire et aux témoins le papier qui contient ses dernières volontés. La sage méfiance de la loi écarte toute main étrangère du fait matériel de la présentation ; celle de l'homme public lui serait même suspecte ; c'est de la main même du testateur que le dépôt de ses dernières volontés passe, en présence des témoins, dans celle du notaire. Sans cette précaution, le testateur pourrait être trompé. La main étrangère pourrait être infidèle, et substituer un Testament faux au véritable. Mais le législateur cesse de craindre, quand le papier est présenté aux témoins par le testateur lui-même. Tout soupçon disparaît alors, parceque le papier que les témoins voient dans la main du testateur, passe, sous leurs yeux, dans celle de l'officier public qui, au même instant et sans la moindre interruption, écrit l'acte de suscription sur ce même papier.

Il n'y a donc pas de formalité plus essentielle dans le Testament mystique, que la présentation du papier par le testateur. Sans elle, il n'y a point de Testament, parceque sans elle il n'y a point de preuve légale que ce soit le testateur lui-même qui a écrit ou fait écrire la disposition contenue dans le papier.

» Ainsi parle le demandeur, et nous ne pouvons, messieurs, que rendre hommage aux principes qu'il vous expose. Mais, dans l'application qu'il fait de ces principes à l'espèce actuelle, il s'élève une première question, celle de savoir si l'acte de suscription doit contenir la preuve directe et positive que c'est le testateur lui-même qui a présenté son Testament au notaire et aux témoins.

» Il doit certainement la contenir, si l'ordonnance l'exige ; et si, l'ordonnance l'exigeant, il ne la contient pas, le Testament est nul : l'art. 47 ne laisse là-dessus aucun doute.

» Mais si l'ordonnance ne l'exige pas, la formalité de la présentation doit se présumer, d'après la règle générale qui veut que, dans les actes publics, les formalités dont la mention n'est pas expressément prescrite, soient censées avoir été remplies, tant que le contraire n'est pas prouvé. *Sciendum est generaliter quod si quis scripserit fidejussisse, videri omnia solemniter acta.* Ce sont les termes de la loi 30, D. *de verborum obligationibus ;* et Furgole, chap. 2, sect. 3, n° 86, fait précisément l'application de cette règle aux formalités prescrites par l'ordonnance de 1735.

» Voyons donc si l'art. 9 de l'ordonnance de 1735 exige la mention expresse de la présentation du papier par le testateur.

» Cet article règle successivement les obligations du testateur et du notaire. Il impose d'abord au testateur celle de présenter le papier, et de déclarer que c'est-là son Testament ; et venant ensuite au notaire, il ajoute ; *ledit notaire* EN *dressera l'acte de suscription qui sera écrit sur ledit papier....*

» Que signifient ces mots *en dressera* ? Sans doute, ils signifient que le notaire dressera un acte de suscription qui constatera à la fois, et la présentation et la déclaration faite par le testateur ; car l'expression *en* est ici employée comme pronom relatif ; et par cela seul que le pronom relatif est placé à la suite de la phrase qui prescrit les deux formalités de la présentation et de la déclaration, il faut nécessairement le rapporter à l'une comme à l'autre.

» Qu'est-ce d'ailleurs qu'un acte de suscription ? *Ce n'est autre chose* (dit Sallé, sur l'art. 9 de l'ordonnance de 1735) *qu'une mention faite par le notaire, sur le dos du Testament ou sur l'enveloppe, qu'un tel jour, en présence de tels et tels témoins, le testateur a présenté un papier plié, cacheté, qu'il a dit être son Testament qu'il a écrit, etc.* Ainsi, vouloir que le notaire écrive l'acte de suscription au dos ou sur l'enveloppe du Testament mystique, c'est nécessairement vouloir qu'il certifie la présentation d'un papier aux témoins, et la déclaration du testateur, que ce papier contient son Testament ; et conséquemment lorsque la loi dit : *le testateur présentera..... et déclarera....* ; *ledit notaire en dressera l'acte de suscription,* c'est comme si elle disait : *le testateur présentera..... et déclarera.... et le notaire attestera que le testateur a présenté.... et déclaré....* ; car si le notaire n'atteste pas ces deux choses à la fois, il n'y aura point d'acte de suscription ; et si l'on est forcé de convenir qu'il est indispensable d'attester la déclaration, il faut bien que l'on convienne aussi de la nécessité d'attester la présentation, puisque l'ordonnance n'est pas plus impérative à l'égard de l'une qu'à l'égard de l'autre, et que la seule mention de l'une ne peut, pas plus que la seule mention de l'autre, constituer l'acte de suscription.

» Nous ne pouvons donc pas en douter, la loi veut que la présentation du Testament, par le testateur, soit constatée par l'acte de suscription que le notaire doit en dresser ; et il ne s'agit plus que de savoir si, dans notre espèce, l'acte de suscription, dont est revêtu le Testament de Nauthon père, constate suffi-

samment que ce Testament a été présenté, par Nauthon père lui-même, au notaire et aux témoins.

» Sur cette question, l'adversaire du demandeur, Pellet, s'est beaucoup prévalu devant la cour d'appel de Montpellier, des mots *présente feuille* qui se trouve dans l'acte de suscription. Le testateur, suivant lui, n'aurait pas pu dire que la *présente feuille* était son Testament, s'il n'eût offert ce papier à ceux à qui il s'adressait.

» Mais pour peu qu'on y réfléchisse, on sentira facilement que telle n'est pas la conséquence des mots, la *présente feuille*; et que si, comme l'a prétendu Pellet, le parlement de Toulouse a plusieurs fois jugé qu'en pareil cas, la formalité de la présentation était suffisamment prouvée (1), le parlement de Toulouse s'est plusieurs fois trompé sur ce point important.

» Ce n'est pas le testateur, qui, dans l'acte de suscription du 3 mars 1778, dit, *la présente feuille*; c'est le notaire, et le notaire emploie ces expressions sans exprimer en quelles mains était la feuille au moment où le testateur a déclaré quelle renfermait son Testament. Qui est-ce qui l'avait présentée aux témoins? Etait-ce le testateur? Les témoins l'avaient-ils vu passer des mains du testateur dans celles du notaire? L'acte de suscription est muet là-dessus. On peut donc, à la lecture de l'acte de suscription, supposer que la feuille était entre les mains du notaire, lorsque le testateur a fait sa déclaration; on peut donc supposer que c'est le notaire qui l'a exhibée aux témoins; l'acte de suscription ne se refuse nullement à cette supposition; et dès qu'il n'est pas inconciliable avec elle, il est nécessairement nul, puisque, dès-lors, on ne peut pas dire qu'il contient la preuve authentique de la présentation par le testateur.

» En deux mots, les expressions, *présente feuille*, ne signifient rien autre chose, si ce n'est qu'au moment où le notaire rédigeait l'acte de suscription, la feuille était *présente*, c'est-à-dire, sous la main du notaire, sous les yeux des témoins; elles ne signifient pas que la feuille avait été rendue *présente* par le fait

---

(1) Voici comment le défenseur de Pellet s'expliquait, à cet égard, dans son plaidoyer qui est imprimé :

» Toutes les fois qu'une question semblable s'est présentée, on a constamment jugé que le pronom démonstratif *ce* ou *cette*, ou l'adjectif *présente*, en dirigeant l'attention des témoins sur la pièce que le testateur déclarait contenir son Testament, en opérait une présentation réelle et effective.

» Parmi cette foule d'arrêts qui ont établi la jurisprudence, je me bornerai à en citer six, dont la plupart se trouvent rappelés dans un écrit dont l'auteur ne saurait être suspect au défenseur adverse.

» Premier arrêt, du 7 juillet 1755, touchant le Testament de Bastide, dont l'acte de suscription était conçu dans les termes suivans : *lequel a déclaré à moi dit notaire et témoins, que, dans cette feuille de papier marqué, cousue et cachetée, il a fait écrire son dernier Testament mystique, qu'il veut que vaille, etc.* Le Testament était débattu de nullité, par prétendue contravention à l'art. 9 de l'ordonnance de 1735, sous prétexte que la présentation n'en avait pas été faite, au notaire et aux témoins. Mais l'arrêt déboute les héritiers légitimes de leur demande en déclaration de nullité.

» Second arrêt, du 14 juillet 1763, rendu tout d'une voix, au rapport de M. de Cassan-Glatens, dans une cause où il s'agissait du Testament de Jacques Ricntort; le notaire rédacteur de l'acte de suscription s'était exprimé en ces termes : *Le testateur a dit avoir fait son Testament clos et solennel dans les deux feuilles de papier qui précèdent la présente.*

» Troisième arrêt, du 17 juillet 1768, au sujet du Testament de Vidal-Loyraguet, dont l'acte de suscription portait : *Lequel a dit avoir ce jourd'hui, devant moi notaire, fait son dernier Testament et disposition de ses biens sous cette enveloppe*, etc.

» Quatrième arrêt, du 31 juillet 1776, au sujet du Testament de la dame Astruc : *Laquelle nous a dit*, portait l'acte de suscription, *avoir fait son Testament dans cette feuille de papier contenant*, etc.

» Cinquième arrêt, en 1782, concernant le Testament de Jacques Boyer, dont l'acte de suscription, du 13 mai 1738, ne portait autre chose sinon *Lequel étant malade, mais dans tous ses sens, a dit que, dans sept pages de papier, il a fait écrire son Testament secret.* Point de mot qui servît à indiquer aux témoins les sept pages dans lesquelles le testateur disait avoir fait écrire son Testament. Là-dessus les demandeurs demandèrent la déclaration de nullité de ce Testament; ils n'en furent pas moins déboutés.

» Sixième arrêt, rendu en 1787, au rapport de M. Bonhomme Dupin, dans la cause de la dame Aussenac, contre la dame Puech-Bertou. Il était dit dans l'acte de suscription : *A été constituée en personne dame Madeleine Aussenac..., laquelle a dit que, dans cette carte-papier qu'elle nous a remis en présence desdits témoins, elle a fait écrire par nous notaire soussigné, son Testament contenant sa dernière disposition.* L'héritier légitime fondait son prétendu moyen de nullité sur ce que la présentation n'était pas formellement mentionnée dans l'acte de suscription, et sur ce que la remise du Testament faite au notaire, en présence des témoins, ne pouvait pas (disait-elle) suppléer la présentation qui devait être faite à chacun des témoins individuellement ».

Il faut le répéter, sans la moindre hésitation : si ces arrêts sont cités fidèlement, ils ont souverainement mal jugé. Mais je croirais bien plus volontiers qu'ils ont été motivés par quelques clauses particulières des actes de suscription semblables à celle qui termine l'acte de suscription du Testament de Nauthon père.

du testateur; elles ne prouvent donc pas l'accomplissement de la formalité essentielle de la *présentation*.

» Mais n'y a-t-il pas dans l'acte de suscription du Testament de Nauthon père, d'autres expressions qui, combinées avec celle de la *présente feuille*, pourraient sur ce point amener un résultat auquel ces dernières ne peuvent évidemment pas nous conduire seules et par elles-mêmes? L'acte de suscription porte, comme vous l'avez vu, que Nauthon père a cacheté son Testament; et de là, les juges de la cour d'appel de Montpellier ont tiré la conséquence que le Testament s'était trouvé, en présence des témoins, dans la main de Nauthon père; que de la main de Nauthon père, il avait passé dans celle du notaire; qu'ainsi, Nauthon père l'avait réellement présenté au notaire en présence des témoins. Cette conséquence est très-spécieuse, mais est-elle sans réplique?

» On ne l'affaiblirait certainement pas, en disant avec le demandeur, que, dans l'acte de suscription, il n'est pas exprimé textuellement que les témoins étaient présens lorsque le testateur a cacheté son Testament; que ces mots, *lequel il a cacheté*, peuvent aussi bien se référer à une opération faite hors la présence des témoins, qu'à une opération faite devant eux; qu'ils peuvent aussi bien désigner un Testament apporté tout clos, tout cacheté, qu'un Testament clos et cacheté par le testateur sous les yeux des témoins; qu'enfin, dès que les expressions employées en cette partie par le notaire rédacteur, peuvent laisser quelques doutes sur le point de savoir si c'est en présence des témoins, que le Testament a été cacheté, la question est, par cela seul, résolue en faveur de Nauthon fils, puisqu'en cas de doute, la preuve légale et parfaite manque.

» Tout cela serait bon, si l'acte de suscription se bornait à dire: *lequel Testament il a cacheté*. Mais il va plus loin, et en précisant la manière dont le Testament a été cacheté, il prouve, avec la plus grande évidence, qu'il l'a été sous les yeux du notaire et des témoins: *lequel Testament il a cacheté avec rubans de soie bleue, en quatre endroits, du cachet de ses armes, sur cire rouge* FLAMBOYANTE?

» *Sur cire rouge* FLAMBOYANTE. Le notaire et les témoins ont donc vu flamboyer la cire rouge dont le testateur s'est servi pour cacheter son Testament! C'est donc en leur présence que le Testament a été cacheté! Il est impossible de résister à ce raisonnement.

» La question n'est cependant pas encore résolue; car, de ce que le testateur a cacheté son Testament en présence du notaire et des témoins, il ne s'ensuit pas nécessairement que la formalité de la présentation ait été remplie.

» Quel est le but de la loi en prescrivant la formalité de la présentation du Testament mystique? Nous l'avons déjà dit: c'est de s'assurer que le papier sur l'enveloppe duquel est dressé l'acte de suscription, contient véritablement les dispositions que le testateur a écrites ou fait écrire; c'est d'empêcher qu'une main infidèle ne substitue à ces dispositions un papier qui en contienne d'autres. *On doit craindre dans cet acte* (disait, au sujet des Testamens mystiques, l'orateur du Gouvernement chargé de proposer au corps législatif le projet de loi qui forme aujourd'hui le deuxième titre du troisième livre du Code civil), *on doit craindre dans ces actes, les substitutions de..... pièces; il faut que les formalités soient telles, que les manœuvres les plus subtiles de la cupidité soient déjouées..... On a donc cru devoir adopter les formalités des Testamens mystiques, telles qu'on les trouve énoncées dans l'ordonnance de* 1735. Et comme le disait encore M. Jaubert dans son rapport au tribunat, sur le même projet de loi, *le Testament mystique est la forme que la loi environne du plus grand appareil...., parcequ'il s'agit, non-seulement de garantir la liberté des testateurs, mais encore de constater l'identité de l'écrit qui contient ses dispositions, et de celui sur lequel on dresse l'acte de suscription.*

» Or, le seul fait qu'un testateur a cacheté un papier en présence d'un notaire et de six témoins, et qu'il leur a déclaré que ce papier contenait son Testament, suffit-il pour parer aux craintes de la loi? Suffit-il pour dissiper toute inquiétude sur la substitution des pièces, que la loi cherche surtout à prévenir? Suffit-il pour constater qu'en effet c'est le Testament de la personne que l'on voit s'annoncer comme testatrice, qui est renfermé dans le papier qu'elle a cacheté? Non, certes, et cela se sent de soi-même.

» Pour ne pas sortir de notre espèce, supposons que, le 3 mars 1778, Henri Nauthon, entraîné d'abord par le sentiment de l'amitié, et rappelé ensuite par la voix de sa conscience aux devoirs de la nature, ait fait successivement écrire par le notaire Moureau deux Testamens mystiques, contenant, le premier, une institution universelle en faveur de Pellet, le deuxième, une institution universelle en faveur de son propre fils.

» Supposons que, regardant comme inutile la lacération du premier, parcequ'à défaut d'enveloppe et d'acte de suscription, il ne pou-

vait produire aucun effet, il l'ait laissé, ainsi que le deuxième, dans les mains du notaire Moureau. Supposons qu'il ait chargé le notaire Moureau d'appeler six témoins, et de dresser un acte de suscription pour le deuxième. Supposons que le notaire Moureau, au lieu de revêtir le deuxième Testament d'une enveloppe, en ait revêtu le premier; qu'en présence des six témoins et du testateur, il ait remis l'enveloppe à celui-ci; et que celui-ci, sans en vérifier le contenu, l'ait tout de suite cacheté.

» Il n'y a assurément rien que de très-possible dans toute ces suppositions; et l'acte de suscription ne dit rien, absolument rien, qui nous empêche de les admettre; car l'acte de suscription ne constate que deux faits : l'un, que Nauthon père a cacheté un papier; l'autre, qu'il a déclaré que ce papier contenait son Testament; et ces deux faits peuvent très-bien s'accorder avec toutes les suppositions que nous venons d'énoncer.

» Eh bien! En supposant tout cela, que sera-t-il arrivé? C'est que Nauthon père aura cru cacheter un Testament par lequel il instituait son fils, et que cependant il aura cacheté un écrit par lequel il préférait un étranger à son propre sang.

» Qu'eût-il donc fallu pour qu'à cet égard, aucune méprise ne fût possible? Il eût fallu que Nauthon père arrivât devant le notaire et les témoins, son Testament à la main; et qu'après leur avoir déclaré que c'était son Testament, il le cachetât ou le fît cacheter. Mais ce n'est pas ainsi que les choses se sont passées, ou du moins nous sommes autorisés à croire qu'elles ne se sont pas passées ainsi, puisque l'acte de suscription n'en fait pas la mention expresse; et le silence de l'acte de suscription sur ce point essentiel, nous permet de dire qu'au lieu de remettre lui-même le Testament au notaire après l'avoir cacheté, c'est des mains du notaire que le testateur l'a reçu pour y imprimer son cachet.

» Au surplus, faut il donc tant raisonner pour établir une vérité aussi simple, aussi palpable? La loi exige deux choses bien distinctes dans un Testament mystique : la première, que le testateur présente son Testament au notaire et aux témoins; la seconde, qu'il le ferme et le scelle, ou le fasse clore et sceller devant eux, s'il ne le leur a pas apporté clos et scellé d'avance. La loi n'entend donc pas que le testateur sera censé avoir présenté son Testament au notaire et aux témoins, par cela seul qu'en présence du notaire et des témoins, il l'aura cacheté ou fait cacheter. Il faut donc que l'acte de suscription constate ces deux opérations à la fois; l'acte de suscription est donc imparfait, si, au lieu de les constater tous deux, il n'en constate qu'une seule.

» Et voulez-vous, messieurs, une preuve nouvelle, mais bien convaincante, que la formalité de la présentation ne peut être répudiée remplie, lorsqu'il est simplement énoncé dans l'acte de suscription, que le testateur a cacheté l'écrit qu'il a déclaré contenir son Testament? Reportez-vous à l'art. 12 de l'ordonnance de 1735, ou, ce qui est la même chose, à l'art. 979 du Code civil : *En cas que le testateur ne puisse parler, mais qu'il puisse écrire, il pourra faire un Testament mystique, à la charge que ledit Testament sera entièrement écrit, daté et signé de sa main*, QU'IL LE PRÉSENTERA *au notaire et aux autres témoins, et qu'au haut de l'acte de suscription, il écrira en leur présence que le papier qu'il présente, est son Testament; après quoi, le notaire écrira l'acte de suscription, dans lequel il sera fait mention que le testateur a écrit ces mots en présence dudit notaire et des témoins*; SERA AU SURPLUS OBSERVÉ CE QUI EST PRESCRIT PAR L'ART. 9. Ainsi, quoique d'après l'art. 9, l'acte de suscription doive contenir la mention expresse que le Testament a été apporté tout clos et scellé devant le notaire et les témoins, ou que le testateur l'a et clos et scellé, ou fait clore et sceller sous leurs yeux, la loi n'en exige pas moins que le testateur le leur présente comme son propre ouvrage; et elle tient tellement à l'énonciation formelle de cette présentation, que, faute par le testateur d'en pouvoir prononcer le mot technique, elle veut qu'il l'écrive au haut de de l'acte de suscription.

» Enfin, ce qui achève de prouver, que, dans l'esprit de la loi, la formalité de la présentation est la plus essentielle de toutes, et par conséquent celle dont elle a le plus à cœur la mention positive, c'est qu'à l'art. 48, l'ordonnance de 1735 soumet à des poursuites extraordinaires et aux peines du faux, les notaires et les témoins qui oseraient signer des actes de suscriptions mystiques, *sans avoir vu* le testateur leur *présenter ses dispositions*.

» Assurément, nous ne conclurons point de là que le mot *présenter* doive être écrit textuellement dans l'acte de suscription. Nous conviendrons au contraire qu'il peut y être remplacé par d'autres expressions, pourvu qu'elles signifient que le testateur tenait à la main, lorsqu'il l'a montré au notaire et aux témoins, le papier qu'il leur a déclaré être son Testament.

» Mais ce qui résulte évidemment, et de l'art. 48, et de l'art. 12, et de l'art. 7, de l'or-

donnance, c'est que le fait de la présentation est indépendant du fait de la clôture et du scellement; c'est qu'un Testament ne peut avoir été clos et scellé par le testateur sous les yeux du notaire et des témoins, sans leur avoir été présenté par lui; c'est qu'énoncer dans un acte de suscription, que des deux formalités prescrites par la loi, le testateur en a rempli une, ce n'est pas prouver qu'il ait également rempli l'autre.

» Par ces considérations, nous estimons qu'il y a lieu d'admettre la requête du demandeur ».

Ces conclusions ont été adoptées par arrêt du 6 ventôse an 13, au rapport de M. Henrion.

Mais l'affaire portée à la section civile, il y est intervenu, le 8 avril 1806, au rapport de M. Zangiacomi, et sur les conclusions de M. Daniels, un arrêt contradictoire, par lequel,

« Considérant, sur le premier moyen,

» 1°. Que le testateur n'ayant pas révoqué son Testament, il en résulte qu'il a persisté dans l'intention clairement manifestée d'instituer le sieur Pellet;

» 2°. Qu'en droit, le sieur Nauthon fils ne pourrait accuser d'injustice la disposition de son père, qu'autant qu'il l'eût privé de ses droits légitimaires; mais que, dans ce cas-là même, il ne serait pas fondé à demander la nullité du Testament, mais seulement à exercer une action en supplément de légitime;

» 3°. Que, d'après les Institutes qui, en ce point, ont dérogé au Code Théodosien, un Testament ne peut être révoqué que par une disposition expresse;

» 4°. Enfin, que, quand même le testateur n'aurait eu d'autre motif, en instituant le sieur Pellet, que de s'acquitter de ce qu'il devait à ce dernier, l'institution n'en serait pas moins valable, et devrait produire les effets que la loi attache à ce titre;

» Sur le second moyen,

» 1°. Que nulle loi ne défend aux notaires d'écrire et de signer les Testamens mystiques;

» 2°. Que les témoins n'ont eu lecture que de l'acte de suscription, et non celle du Testament;

» Sur le troisième moyen, qu'il résulte de l'acte de suscription, que le testateur a cacheté son Testament en présence du notaire et des témoins; qu'immédiatement après, le Testament est venu entre les mains du notaire, qui y a apposé la suscription; qu'ainsi, cet acte est passé directement du testateur au notaire; et par conséquent, qu'il a été présenté par le testateur lui-même, ainsi que le prescrit l'art. 9 de l'ordonnance de 1735;

» Sur le quatrième moyen, que la disposition de l'art. 167 de l'ordonnance de Blois n'est pas prescrite à peine de nullité;

» Sur le cinquième moyen, que le demandeur est non-recevable à se plaindre des opérations relatives à l'ouverture du Testament, puisqu'elles ont été faites à la réquisition formelle de son tuteur:

» Sur le sixième et dernier moyen, qu'il est reconnu par l'arrêt attaqué, que le sieur Pellet a fait ce qui était en lui pour venger la mort du Testateur: que ce fait est d'ailleurs authentiquement prouvé par le jugement d'appel intervenu sur la procédure criminelle qui condamne le sieur Pellet, en qualité de partie civile, aux dépens et aux dommages et intérêts envers l'accusé Vascal:

» Par ces motifs, la cour rejette le pourvoi...».

Cet arrêt suppose clairement, comme je l'avais établi dans mes conclusions devant la section des requêtes, que l'acte de suscription doit constater expressément que c'est le testateur lui-même qui a présenté le Testament au notaire et aux témoins.

Mais, contraire en cela à mes conclusions, il juge que la présentation du Testament au notaire et aux témoins par le testateur, est suffisamment constatée, dans l'acte de suscription, par la mention du fait qu'il l'a lui-même cacheté en leur présence (1).

Enfin, par le silence qu'il garde sur la question de savoir si la présentation du Testament par le testateur au notaire et aux témoins, est suffisamment constatée par cela seul qu'il est dit dans l'acte de suscription, que le testateur leur a déclaré que *ce qui est contenu en la présente feuille de papier servant d'enveloppe, est son Testament*, il semble la résoudre, conformément à mon avis, pour la négative.

Et c'est effectivement en ce sens qu'elle a été jugée depuis, dans une espèce où se présentait en même temps la quatrième des questions qui sont l'objet de ce n°.

Le 8 juillet 1808, le sieur Duflo, notaire, présente au président du tribunal civil de Dunkerque, le Testament mystique de la demoiselle Buvet, morte le même jour. L'acte de suscription de ce Testament était ainsi conçu: « Aujourd'hui, 5 avril 1806, devant » Pierre-Jacques Duflo, notaire à Dunkerque, » soussigné, et en présence des six témoins » ci-après nommés, est comparue demoiselle » Marie-Thérèse-Philippine Buvet, fille ma-

(1) On trouvera dans un instant un autre arrêt de la section civile, du 28 décembre 1812, qui le suppose également.

» jeure, célibataire, demeurant en cette » ville, rue de la Liberté, laquelle a déclaré » que, sous cette enveloppe, se trouvait son » Testament mystique ou secret, qu'elle a » fait écrire; mais qu'elle a lu à son loisir, et » signé de sa main, comme contenant ses der- » nières dispositions, qu'elle entend être exé- » cutées; pourquoi elle l'a fait mettre sous » cette enveloppe et cacheter, pour laisser le » paquet à la garde dudit Duflo, notaire, dont » acte requis et octroyé à la comparante, qui » a paru, aux notaire et témoins, saine d'es- » prit, mémoire et entendement, et venue » exprès à l'effet des présentes, en l'étude du » notaire où les témoins se sont rendus ».

Le président du tribunal dresse, conformément à l'art. 1007 du Code civil, procès verbal de la présentation de ce Testament, et reconnaît que les cachets apposés au papier qui sert d'enveloppe, ne portent aucune empreinte.

Les héritiers légitimes de la demoiselle Buvet attaquent ce Testament,

1° Parcequ'il n'est point dit dans l'acte de suscription, que la testatrice l'ait présenté au notaire et aux témoins;

2° Parceque l'enveloppe sur laquelle est écrit l'acte de suscription, et qui était close avec de la cire rouge et des pains à chanter, ne portait aucune empreinte de sceau ou de cachet.

On verra ci-après, n° 13-3°, comment les légataires universels combattaient le second de ces moyens de nullité. Quant au premier, voici ce qu'ils y opposaient:

« Il est vrai que l'art. 976 du Code civil prescrit comme une formalité essentielle du Testament mystique, la présentation du Testament même par le testateur au notaire et aux témoins; mais il n'en exige pas la mention expresse, comme le fait l'art. 972 relativement à la dictée, à l'écriture et à la lecture. Quand la mention de la formalité est rigoureusement prescrite, rien ne peut y suppléer. Mais quand elle ne l'est pas, les termes ne sont d'aucune importance; il suffit que l'on sache bien, par la seule lecture de l'acte, que la formalité a été suivie; et l'omission de telle ou telle expression, de telle ou telle formule, ne peut pas donner lieu à l'application de la peine de nullité prononcée par l'art. 1001. Ici, la demoiselle Buvet, testatrice, déclare dans l'étude de Me Duflo, notaire, à celui-ci et à six témoins assemblés, que *sous cette enveloppe se trouvait son Testament mystique*.... Et le notaire finit son acte par dire *que la comparante.... est venue exprès, à l'effet des présentes, en l'étude*, tc.... On demande s'il est une personne raisonnable qui puisse méconnaître, d'après ces expressions, l'intention qui a conduit la testatrice en l'étude du notaire, et qu'elle lui a fait la délivrance, remise ou présentation de son Testament: cela s'induit nécessairement de ces mots ,... *a déclaré que sous* CETTE *enveloppe se trouvait son Testament... pour laisser le paquet à la garde dudit notaire, dont acte*».

» Qu'importe, après cela, que le mot *présente* ait été omis dans la rédaction de ce fait? Il n'en est pas moins vrai que l'enveloppe contenant le Testament était représentée ou montrée au notaire, et qu'il a dû la recevoir, puisqu'il y a inséré et rédigé son procès-verbal; et cela doit suffire, puisqu'encore une fois, la loi n'oblige point à faire une mention expresse de la formalité, et qu'elle parle de la présentation plutôt *enunciativè* que *permodum obligationis*; car la présentation est, par elle-même, une chose toute naturelle et dont il était inutile de parler; il faut bien, en effet, pour qu'un notaire reçoive un Testament mystique parmi les actes de son étude, qu'il lui soit présenté, cela va de soi-même; c'est blesser la raison que d'en faire une obligation, et absurde d'en faire une formalité tellement rigoureuse, qu'on ne doive pas la considérer comme remplie, si le mot *présenter* n'y est expressément contenu ».

Nonobstant cette défense, le tribunal civil de Dunkerque, adoptant les deux moyens proposés par les héritiers légitimes, déclare nul le Testament de la demoiselle Buvet.

Sur l'appel, arrêt de la cour de Douai, qui, par les mêmes motifs, met l'appellation au néant.

Le légataire universel se pourvoit en cassation; mais par arrêt du 7 août 1810, au rapport de M. Borel,

« Attendu que, loin d'être en contradiction avec l'art. 976 du Code civil, l'arrêt attaqué en contient une légitime application, parcequ'il n'est pas seulement fondé sur l'absence d'une mention non expressément exigée, mais sur le fait déclaré par ledit arrêt, que la présentation du Testament par la testatrice elle-même, au notaire et aux témoins, ne résultait pas des termes de l'acte de suscription, ce qui entraînait la reconnaissance de l'inobservation dudit art. 976, et l'application de la nullité prononcée par l'art. 1001 dudit Code;

» La cour rejette le pourvoi.... ».

N'y a-t-il pas contrariété entre cet arrêt et le précédent, en ce que, tandis que l'un décide que le fait de la présentation du Testament au notaire et aux témoins par le testateur, ne résulte pas de la mention consignée dans

l'acte de suscription, que le testateur *a fait mettre sous enveloppe et cacheter* la pièce en question, tandis que, par l'autre, il est jugé que ce fait est suffisamment constaté par la mention que le testateur *a lui-même cacheté*, en présence du notaire et des témoins, *la présente feuille* précédemment signalée par lui comme son Testament ?

Non. L'arrêt du 8 avril 1806 est motivé sur ce que l'acte de suscription, en constatant que le testateur a lui-même cacheté son Testament, constatait nécessairement que le Testament était passé des mains du testateur dans celles du notaire, et que par conséquent le testateur était, par là même, censé l'avoir présenté au notaire et aux témoins. Or, ce motif est évidemment inapplicable à l'espèce sur laquelle a été rendu l'arrêt du 7 août 1810; car dire que le testateur *a fait cacheter* son Testament, ce n'est pas dire qu'il l'avait dans les mains au moment où on l'a cacheté; c'est même dire tout le contraire ; et dès-lors, il ne reste plus rien d'où l'on puisse inférer avec une certitude légale que c'est des mains du testateur que le Testament est passé dans celles du notaire, ni par conséquent rien qui équipolle à une mention expresse de la présentation personnelle du Testament au notaire et aux témoins par le testateur.

Du reste, les deux arrêts sont parfaitement d'accord en tant qu'ils jugent, l'un implicitement *formâ negandi*, l'autre directement et en termes exprès, que la mention de la présentation du Testament au notaire et aux témoins par le testateur, n'est pas suffisamment exprimée par celle de la déclaration faite par le testateur qu'un écrit désigné par lui comme *présent*, contient ses dernières volontés.

C'est ce qui a été encore jugé dans une espèce où, autant il était certain que le Testament dont il s'agissait, avait été, dans l'acte de suscription, désigné par le testateur comme *présent*, autant il était incertain si c'était devant le notaire et les témoins que le testateur l'avait cacheté ; et où par conséquent ne pouvait pas s'appliquer le principe adopté par l'arrêt de la section civile, du 8 août 1806, qu'énoncer dans l'acte de suscription que le Testament a été cacheté par le testateur en présence du notaire et des témoins, c'est énoncer suffisamment qu'il leur a été présenté par lui en personne.

Le 22 décembre 1803, la demoiselle Cigna-Sancti fait, dans le département du Pô, un Testament mystique, qu'elle fait revêtir, le 24 du même mois, d'un acte de suscription, rédigé en langue italienne, et dont voici la traduction littérale :

« A chacun soit manifesté que la cit. » Marie-Catherine Cigna-Sancti, fille de feu » Maurice François, native et résidante en » cette commune, a personnellement com- » paru devant moi notaire et les témoins » soussignés, laquelle, réfléchissant à l'in- » certitude de sa vie....., s'est disposée de » faire, comme elle a fait le *présent* son der- » nier Testament mystique, plié et cacheté, » *que voici* (ou bien, *son dernier Testa* » *ment mystique*, ici *plié cacheté*, la phrase » italienne pouvant également se traduire de » l'une et de l'autre manière) ; dans lequel » elle dispose et ordonne..... en tout et pour » tout, comme il reste exprimé et contenu » dans l'écriture ci-incluse, de la main d'au- » trui, et signée par ladite cit. Marie-Ca- » therine Cigna-Sancti; laquelle enveloppe » est scellée au milieu de la présente feuille » en cinq endroits.....; disant ladite cit. » Cigna Sancti, à intelligible voix, ainsi que » l'ont entendu les témoins susdits et sous- » signés et moi notaire, être en icelle sa der- » nière volonté et Testament, et de ne pas dé- » cacheter ni remettre le présent à personne, » si ce n'est vingt-quatre heures après son » décès..... Et ladite testatrice a dit et dit le » feuillet ci-inclus contenir l'écriture de sa » dernière volonté et Testament ».

La testatrice meurt le 5 février 1810.

Les héritiers légitimes font assigner le sieur Novo, la dame Randoni et Vera, ses légataires, pour voir déclarer le Testament nul, parcequ'il n'est pas dit, dans l'acte de suscription, que la testatrice ait présenté son Testament clos et scellé aux témoins et aux notaires, ni qu'elle l'ait fait clore et sceller en leur présence.

Le 26 avril de la même année, jugement par lequel,

« Vu les art. 976 et 1001 du Code civil ;

» Considérant que, si la loi laisse à l'arbitraire des notaires d'employer, dans leurs actes, telles constructions qu'ils jugent convenables pour exprimer, soit la volonté du testateur, soit l'accomplissement des formalités requises par la loi, il faut cependant que les expressions dont le notaire s'est servi soient claires, précises et suffisantes pour en donner une preuve certaine et positive ; que la moindre incertitude, à l'égard notamment des formalités, amène la nullité du Testament..... ; que, cela posé, les mots avec lesquels le notaire a commencé l'acte de suscription dont il s'agit, *personalmente constituita la cittadina Maria-Catherina Cigna-Sancti..... avanti me notario nazionale, e testimonij infrascritti, la quale reflettendo all'incertezza del suo*

vivere mentre si trova in perfetto uso di tuti li suoi sensi, siasi disposta di fare come ha fatto il qui compiegato, e sigillato suo ultimo testamento implicito...., ne fournissent la moindre preuve que la testatrice ait présenté, remis ou consigné au notaire, en présence des témoins, son Testament, n'indiquent aucunement que le Testament soit passé, des mains de la testatrice en celles du notaire, en présence des témoins; n'excluent, d'une manière positive, que le Testament fût, avant, retenu par le notaire, ou qu'il existât sur la table préparée pour la rédaction de l'action de l'acte, lorsque les témoins furent appelés pour y être présens, sans qu'on sache qui l'avait porté et mis sur la table; que la phrase: *qui compiegato e sigillato* peut se traduire en français *ici plié et cacheté*, également que *le présent Testament plié et cacheté, le Testament plié et cacheté que voici*; de sorte qu'elle est tout à fait insuffisante à prouver que le Testament ait été plié et cacheté en la présence du notaire et des témoins;

» Que cette circonstance ne résulte pas même positivement des expressions employées par le notaire dans le courant de l'acte: *in cui ha disposto ed ordinato, come resta expresso, e contenuto nella scrittura quivi acchiusa scritta da mano altrui, e dalla prefata cittadina Cigna-Sancti sottoscritta, involta e sigillata quella nel mezzo del presente foglio in cinque luoghi*, etc.; car il est très-sensible que la signification du mot italien *quivi*, est très-douteuse, et que cet adverbe, dans la langue italienne, n'indique que la présence de l'objet dans le lieu où l'on parle avec sa qualité, ou l'état dans lequel il se trouve en l'instant, et la traduction française, *dans l'écriture ci-inclusse....*, désigne une inclusion déjà faite et non une opération du moment;

» D'où il suit qu'à supposer même que la diction *involta e sigillata quella*, soit régie, ainsi que le mot *sottoscritta*, par l'ablatif *della cittadina Cigna-Sancti*, ce qui cependant n'est pas certain, ou que, par l'addition du relatif *quella*, on pourrait aussi avec fondement, et sans contrevenir aux règles de la construction grammaticale italienne, soutenir que ladite périphrase n'est qu'un ablatif absolu, qui présente un sens distinct et séparé, mot que le notaire a répété aux seules fins d'indiquer que l'écriture que la testatrice avait signée, et qui était enveloppée, se trouvait cachetée au milieu de la feuille et en cinq endroits, dans la forme et manière y détaillées; et ainsi, uniquement pour constater le nombre, la nature et qualité des cachets; il est toujours vrai de dire que les mots n'énonceraient pas suffisamment que la testatrice ait enveloppé et cacheté ladite écriture en la présence du notaire et des témoins, et que les mêmes mots peuvent aisément se rapporter à un temps antérieur à la rédaction de l'acte, ainsi que le porte l'expression italienne: *qui compiegato, quivi acchiusa*;

» D'où la possibilité, de plus une probabilité assez fondée, que ladite écriture ait été enveloppée et cachetée, ou chez la testatrice, ou chez le notaire; mais toujours avant qu'on eût donné commencement à l'acte de suscription, et conséquemment hors de la présence des témoins; de manière qu'il est évident que ce notaire n'a, dans le commencement de l'acte, qu'indiqué l'existence, en sa présence et en celle des témoins, d'un papier plié et cacheté; et dans la seconde période, la manière dans laquelle il se trouvait clos et scellé »;

Le tribunal de première instance de Turin déclare le Testament nul.

Appel de la part des légataires, mais par arrêt du 2 juin suivant,

« Adoptant les motifs des premiers juges;

» Et considérant au surplus, que tous les argumens que le sieur Novo et consorts ont réunis à l'appui des griefs par eux déployés contre le jugement en appel, n'aboutiraient en dernier résultat à établir d'autre chose, si ce n'est que de l'ensemble des différentes expressions qu'on lit dans l'acte de suscription du Testament de la demoiselle Cigna-Sancti, on peut virtuellement induire que les formalités de la présentation du Testament clos et scellé, au notaire, en présence des témoins, ou de la clôture et apposition des scellés pardevant eux, tracées par l'art. 976 du Code civil, pour les Testamens mystiques, ont été observées; que cependant, à part encore que le sens littéral et grammatical des termes dans lesquels est conçu ledit acte, amène plutôt des inductions contraires, il est clair que, même d'après le système et les raisonnemens du sieur Novo et consorts, on ne saurait, en tous cas, s'empêcher d'envisager lesdites expressions comme équivoques et susceptibles d'une double interprétation;

» Qu'autant il est certain, en jurisprudence, que, lorsque la loi ne prescrit de forme sacramentelle, ni des termes à être écrits textuellement dans l'acte, ces termes peuvent être remplacés, et le vœu du législateur peut être rempli par des expressions équipollentes, autant il est vrai que rien n'est moins équipollent que ce qui est équivoque; qu'en conséquence, il suffit qu'on ne puisse, comme on ne peut nullement, dans l'espèce, déduire nécessairement des expressions de l'acte de

suscription, que la testatrice ait présenté son Testament au notaire en présence des témoins, ou qu'elle l'ait fait clore et sceller pardevant eux, pour que l'on doive conclure que l'acte ne constate point que ces formalités aient été remplies; que ces principes, suivant lesquels ont déjà été jugées nombre de questions semblables, en matière de Testament par acte public, doivent, avec bien plus de raison, fixer la décision de celles qui concernent un Testament mystique, lequel, ainsi que le disait l'orateur du tribunat Jaubert, est la forme que la loi environne du plus grand appareil, parcequ'il s'agit, non-seulement de garantir la liberté des testateurs, mais encore de constater l'identité de l'écrit qui contient ses dispositions, et de celui sur lequel on dresse l'acte de suscription;

» Qu'enfin, ce qui achève de convaincre de l'inobservation, dans l'espèce, des formes prescrites par la loi, c'est que jamais le notaire qui a reçu l'acte de suscription du Testament de la demoiselle Cigna-Sancti, ne pourra être poursuivi comme faussaire, toutefois qu'on voulût s'inscrire en faux contre ledit acte; puisque, lors même qu'on parviendrait à prouver que la testatrice n'avait point présenté son Testament clos et scellé au notaire, en présence des témoins, ou qu'elle ne l'avait point fait clore et sceller par devant eux, le notaire serait à l'abri de toute poursuite, par cela seul qu'il n'aurait point attesté dans l'acte l'intervention et la vérité de ces faits, ni explicitement, ni d'une manière implicite, et propre à l'établir par une conséquence nécessaire;

» Met l'appellation au néant..... ».

Les légataires se pourvoient en cassation, mais par arrêt contradictoire du 28 décembre 1812, au rapport de M. Oudot,

« Attendu que la disposition de l'art. 976 du Code civil, impose impérativement au testateur, ou l'obligation de présenter le papier qui contient ses dernières volontés au notaire et aux témoins, en déclarant que c'est son Testament; ou celle de faire clore et sceller ce papier en présence du notaire et des témoins, en faisant la même déclaration; que le même article dispose que le notaire en dressera l'acte de suscription, c'est-à-dire, fera mention de cette présentation, ou clôture et déclaration dans cet acte; qu'il est constant qu'il n'est pas fait mention dans l'acte de suscription du 22 décembre 1803, que la demoiselle Cigna-Sancti ait présenté le papier clos et scellé qui contenait son Testament, au notaire et aux témoins; que, dès lors, s'il a paru aux juges, d'après les termes de l'acte de suscription, qu'il fût douteux que cette testatrice ait fait clore et cacheter son Testament au moment même, en présence du notaire et des témoins; et la chose étant en effet très-douteuse et très-incertaine, ces juges ont pu décider sans excès de pouvoir, que le vœu de l'art. 976 n'avait pas été rempli; et qu'en annulant le Testament de la demoiselle Cigna-Sancti, sur ce motif, ils ont fait une juste application de cet article et de l'art. 1001 du même Code;

» La cour rejette le pourvoi..... ».

Voilà donc, en comptant l'arrêt de la section civile, du 8 avril 1806, et celui de la section des requêtes, du 6 ventôse an 13, portant admission du recours en cassation du sieur Nauthon fils, quatre arrêts de la cour suprême qui décident uniformément que la mention de la présentation du Testament mystique au notaire et aux témoins par le testateur, ne résulte pas suffisamment de ce qu'il est dit dans l'acte de suscription, que le testateur a parlé de son Testament comme d'une pièce existant sous les yeux de l'un et des autres; et il semble, dès-lors, impossible de contester désormais ce point de jurisprudence, qui d'ailleurs paraît complétement démontré dans mes conclusions du 6 ventôse an 13.

Voici pourtant une espèce dans laquelle la cour de cassation elle-même a maintenu un arrêt qui en avait jugé autrement.

Le 31 août 1787, Jean-Philippe Bischoff fait à Strasbourg, un Testament mystique qui est revêtu le même jour, d'un acte de suscription ainsi conçu: « il est donné à savoir par ces » présentes qu'au jour désigné à la fin de l'acte, » le sieur Jean-Philippe Bischoff, brasseur à » l'enseigne du *Cygne*, et bourgeois d'ici, a » fait requérir et appeler à comparaître devant » lui le soussigné notaire, avec cinq témoins » dignes de foi, dans la maison à lui apparte- » nant en propriété, située ici dans la ville de » Strasbourg, à la grande route supérieure, où » l'ayant rencontré dans une chambre au-des- » sus d'un escalier de hauteur, prenant jour » par des fenêtres sur la rue, vraiment malade » et alité, mais néanmoins, par la grace de » Dieu, droit de sens, d'intelligence et de rai- » son parfaite, *il nous a déclaré que, dans le* » *présent écrit*, clos, cousu d'un cordon de » soie rouge et blanche, et fermé par cinq ca- » chets imprimés de son sceau, *est contenue* » *sa dernière et plus chère volonté*, qu'il a fait » écrire par une main affidée, et qu'il a signé » sur chaque page, demandant qu'il soit exé- » cuté inviolablement; que, pour cette raison, » *il me requérait*, moi le notaire, en présence

» des témoins, *de le prendre en dépôt sous* » *ma garde*, et de lui conférer la forme d'un » instrument public, afin qu'après son décès, » il soit ouvert, et qu'il en soit délivré des co- » pies aux parties compétentes; ce qui lui a » été accordé ».

Après vingt cinq années de silence, Jean-Frédéric Bischoff, fils puîné du testateur, attaque ce Testament, et soutient que l'acte de suscription n'en constate pas valablement la présentation au notaire et aux témoins.

Le 25 août 1813, jugement du tribunal de première instance de Strasbourg, qui, en effet, déclare le Testament nul, « attendu que, quoi- » que revêtu de la clause codicillaire, il ne » peut produire d'effet qu'autant que l'acte de » suscription est conforme aux dispositions de » l'art. 9 de l'ordonnance de 1735; or, l'on y » remarque une irrégularité manifeste; elle » consiste en ce que l'acte de suscription ne » dit pas que le testateur ait *présenté* lui-même » le testament au notaire et aux témoins; la » locution dont le rédacteur s'est servi, laisse » ignorer entre les mains de qui se trouvait le » paquet cachete lorsqu'il a paru; elle prive » de la certitude légale que la présentation » manuelle faite par le testateur, pouvait seule » donner, que le paquet, désigne par sa décla- » ration, ait été identiquement le même que » celui dont il a entendu parler; sous ce rap- » port, le Testament ne saurait donc être » maintenu sans infraction formelle de l'arti- » cle précité ».

Mais sur l'appel, arrêt de la cour royale de Colmar, du 10 juillet 1814, qui réforme ce jugement,

« Attendu que l'ordonnance de 1735, sous l'empire de laquelle le Testament ou codicille a été fait, ne donne pas la formule de l'acte de suscription; qu'elle *n'exige pas même que l'observation de la formalité de la présentation du Testament y soit mentionnée*; qu'il doit donc suffire que l'on puisse induire des termes dont le notaire s'est servi dans l'acte de suscription, qu'en effet le papier contenant le Testament, lui a été *présenté*, ainsi qu'aux témoins, pour que le Testament soit dans le cas d'être maintenu; or, l'acte de suscription dont il s'agit, porte que le testateur a fait appeler chez lui le notaire et cinq témoins, et a *déclaré que dans ce paquet*..... était renfermé sa derniere volonté, qu'il a fait écrire..... et qu'il a signée....., *requérant* le notaire, en présence des témoins, de la *prendre* en sa garde.....;

» Attendu qu'il résulte bien évidemment de la contexture de cet acte, que le notaire n'a point apporté ce papier avec lui chez le testateur; que ce même papier se trouvait donc en la possession du testateur, lorsque le notaire et les témoins sont arrivés chez lui; qu'il faut bien qu'il l'ait *présenté* au notaire, soit en le lui remettant en mains, soit en le lui montrant du geste, puisqu'il lui a dit: *ce paquet contient ma dernière volonté*, et *l'a requis de le prendre en sa garde*; ce qui ne laisse aucun doute sur l'identité du testament qui est l'objet qu'a eu en vue le législateur, en voulant que le papier contenant le Testament, soit *présenté* par le testateur, pour, par là, éviter toute surprise et toute substitution d'un paquet à un autre (1) ».

Recours en cassation contre cet arrêt, comme violant l'art. 9 de l'ordonnance de 1735, renouvelée mot pour mot par l'art. 976 du Code civil.

Le demandeur reconnaissait avec la cour royale de Colmar, que cet article *n'exige pas que l'observation de la formalité de la présentation du Testament soit mentionnée* dans l'acte de suscription; et c'était, de sa part, une concession très-gratuite: car le contraire résulte clairement, comme je l'ai établi dans mes conclusions du 6 ventôse an 13, des termes de la loi; *ledit notaire* EN *dressera l'acte de suscription qui sera écrit sur ledit papier.*

Mais ce qui revenait au même, il soutenait que cette mention devait se trouver dans l'acte de suscription, en termes parfaitement équipollens et desquels il résultât nécessairement que le Testament mystique était passé immédiatement des mains du testateur dans celles du notaire; et il citait, pour le prouver, l'arrêt de la cour de cassation, du 7 août 1810, ainsi que ce passage du *Traité des donations*, de M. Grenier, n° 264: « un point essentiel qu'il » ne faut point perdre de vue, c'est qu'il doit » résulter des termes de l'acte de suscription, » que le Testament a été présenté au notaire » et aux témoins. Le mot *présenté* n'est pas » *sacramentel*; la mention de la présentation » n'est pas expressément exigée par l'art. 967 » du Code civil; mais l'acte de suscription doit, » à peine de nullité, *constater d'une manière* » *non équivoque que cette présentation a eu* » *lieu* ».

Or (continuait-il, en appliquant cette doctrine à l'espèce), l'acte de suscription dont il s'agit, constate-t-il d'une manière positive que le Testament a été présenté au notaire? Non. Tout ce qu'on y voit, c'est que le testateur a *déclaré que, dans le présent écrit* (et il n'avait encore parlé d'aucun écrit) *est contenue*

(1) Jurisprudence de la cour de cassation, partie 2, tome 14, page 458.

sa dernière et plus chère volonté, et qu'il a requis le notaire *de le prendre en dépôt*. Mais ce *présent écrit*, où était-il placé, lorsque le sieur Bischoff a requis le notaire *de le prendre en dépôt*? Dans les mains du testateur? L'acte ne le dit pas et fait plutôt entendre le contraire. Il faut donc supposer de deux choses l'une: ou que le notaire a pris le Testament de dessus une table ou une commode, ou qu'il l'a reçu d'une main étrangère. Mais, au premier cas, où est la garantie que, parmi les papiers entre lesquels le Testament pouvait se trouver, le notaire ne s'est pas trompé? Au second cas, où est la garantie qu'une main infidèle n'a pas remis au notaire un faux Testament et gardé le véritable? Nulle part. Il y a donc, sur tout cela, incertitude complète. Or, c'est cette incertitude que le législateur a voulu prévenir; et dès-là, nul doute qu'en déclarant l'acte de suscription valable, la cour royale de Colmar n'ait contrevenu à la loi.

Ces moyens paraissaient sans réplique; cependant par arrêt du 22 mai 1817, au rapport de M. Lefessier-Grandpré,

« Attendu que l'arrêt attaqué, en prononçant sur le mérite du Testament mystique du 31 août 1787, soumis à son examen, a d'abord, dans ses motifs, établi jusqu'à l'évidence la parfaite conformité de ce Testament avec toutes les règles prescrites par l'art. 9 de l'ordonnance de 1735; et qu'en déclarant ce Testament valable, l'arrêt a fait une juste application de cette loi;

» La cour (section des requêtes) rejette le pourvoi.... ».

Cet arrêt fera-t-il jurisprudence préférablement à celui de la même section du 7 août 1810, et aux préjugés qui résultent tant de celui de la même section du 6 ventôse an 13, qui avait admis le recours en cassation du sieur Nauthon fils, que de ceux de la section civile des 8 avril 1806 et 28 décembre 1812? J'ai peine à le croire. Les raisons qui avaient déterminé ceux-ci, restent dans toute leur force; et affirmer sèchement que l'arrêt de la cour royale de Colmar les avait détruites *jusqu'à l'évidence*, ce n'est assurément pas le prouver.

XIV. Arrêtons-nous un instant à la disposition de l'art. 976 du Code civil, qui veut, à l'exemple de l'art. 9 de l'ordonnance de 1735, que le Testament mystique soit *présenté clos et scellé* au notaire et aux témoins, ou que le testateur le fasse *clore et sceller en leur présence*: elle offre plusieurs questions à notre examen.

1° Est-elle applicable au cas où l'acte de suscription est écrit sur la feuille même qui contient les dispositions du testateur? En d'autres termes, est-il nécessaire, en ce cas, que le Testament soit *clos et scellé*?

Furgole (*Traité des Testamens*, chap. 2, sect. 2, n° 24) a soutenu la négative sous l'ordonnance de 1735, et il est évident que la question est la même sous le Code civil.

Sa raison était qu'en pareil cas, « on n'a » pas à craindre le changement ou la suppo» sition d'une autre écriture », et qu'il importe peu qu'on puisse faire ou non la lecture des dispositions du testateur, « parceque le » secret n'est pas de l'essence du Testament » mystique.... A la vérité (continuait-il), la » loi permet de tester de façon que les disposi» tions ne puissent pas être connues; mais c'est » une simple faculté dont elle n'impose pas » une nécessité. Il suffit que la disposition soit » constatée d'une manière à ne souffrir point » de doute ni d'équivoque, et que l'on ait ob» servé les formalités que la loi prescrit pour » assurer cette volonté, sans qu'il soit besoin » d'y ajouter celles qui peuvent rendre les » dispositions secrètes et inconnues; d'ail» leurs, le testateur peut avoir en vue de tes» ter de manière que les témoins et le notaire » ne connaissent pas ses dispositions; mais il » n'est pas essentiel que le Testament soit clos, » de manière que les dispositions ne puissent » pas être relues par le testateur quand il le » trouvera à propos, ceci n'ayant rien de com» mun avec l'essence ou les formalités des Tes» tamens ».

Mais cette opinion ne peut s'accorder, ni avec le texte ni avec l'esprit de la loi.

Elle en contrarie directement le texte; car l'art. 9 de l'ordonnance de 1735 et l'art. 976 du Code civil prévoient expressément le cas où l'acte de suscription sera *écrit sur le papier contenant le Testament*; et c'est pour ce cas, comme pour celui où l'acte de suscription est *écrit sur la feuille qui sert d'enveloppe*, qu'ils exigent, sous la peine de nullité portée par l'art. 47 de l'une et par l'art. 1001 de l'autre, que le Testament soit présenté *clos et scellé* au notaire et aux témoins, ou que le testateur le fasse *clore et sceller en leur présence*.

Elle n'en contrarie pas moins manifestement l'esprit, car ce n'est pas seulement pour favoriser l'intention qu'a le testateur de tenir ses dispositions secrètes, ce n'est pas seulement pour empêcher qu'une main infidèle n'en substitue d'étrangères, que la loi veut que le Testament mystique soit *clos et scellé*; c'est encore pour empêcher que le testateur lui-même n'y fasse, en particulier, des additions ou des changemens après l'avoir fait revêtir d'un acte de suscription. Cela serait sans con-

séquence, sous le Code civil, si le Testament était entièrement écrit, daté et signé de la main du testateur, parcequ'alors, nul comme Testament mystique, il vaudrait, comme Testament olographe, ainsi qu'on l'établira ci-après, §. 4, art. 4; mais dans le cas contraire, ne pas clore et sceller le testament, serait laisser au testateur la faculté d'en modifier à son gré les dispositions sans les formalités prescrites par la loi, et c'est ce que la loi a voulu prévenir, en déclarant nul tout Testament mystique qui ne serait pas clos et scellé.

Dira-t-on qu'au moins l'opinion de Furgole devrait être admise dans le cas où le Testament se trouverait, après la mort du testateur, écrit d'un seul contexte, sans renvoi à la marge, ni addition à la fin, parcequ'alors l'inconvénient à raison duquel la loi prescrit les formalités de la clôture et du sceau, n'auraient pas eu lieu?

Mais ce serait fronder le principe établi dans mon *Recueil de Questions de droit*, au mot *Testament*, §. 16, que les formalités testamentaires ne laissent pas d'être de rigueur dans le cas même où ne sont pas à craindre les inconvéniens qu'elles ont pour but de prévenir.

Je reviendrai là-dessus ci-après (4° et 5°).

2°. *Cacheter* un Testament est-ce la même chose que le *sceller*; et dire dans l'acte de suscription que le testateur a présenté son Testament *clos et cacheté* au notaire et aux témoins, ou qu'il l'a fait *clore et cacheter* en leur présence, est-ce remplir exactement la formalité prescrite par l'art. 976 du Code Civil?

On n'imaginerait pas que cela eût jamais pu être mis en question.

Furgole s'en était clairement expliqué, chap. 2, sect. 3, n° 23, au sujet de l'art. 9 de l'ordonnance de 1735: « comme l'ordonnance (ce sont ses termes) ne prescrit point la » forme en laquelle l'enveloppe doit être *close* » *et scellée*, il y a lieu de croire qu'il suffirait » qu'elle fût *cachetée* avec de la cire d'Espagne ou du pain à cacheter, sans qu'il soit » besoin qu'elle soit entrelacée d'un ruban ou » d'un fil, parcequ'alors on n'a pas à craindre le changement de papier contenant le » corps du testament ».

Il s'est cependant élevé là-dessus une contestation fort sérieuse.

La dame de Watripont avait fait, le 13 septembre 1817, un Testament mystique dans l'acte de suscription duquel il était dit qu'elle l'avait présenté au notaire et aux témoins, *clos et cacheté à cire rouge*.

L'héritier légitime a prétendu que ces termes n'équipollaient pas à ceux de la loi.

Mais par arrêt du 16 février 1822, confirmatif d'un jugement du tribunal de première instance de Gand, la cour supérieure de justice de Bruxelles a déclaré le testament valable, « attendu que l'acte de suscription porte, d'une » manière formelle, que le papier que la testatrice a présenté aux notaires et témoins, » était *clos et cacheté*: termes qui, dans leur » signification naturelle, veulent dire que ce » papier était non-seulement clos avec de la » cire rouge, mais aussi qu'un cachet y avait » été appliqué; qu'au surplus, il est constaté » par le procès-verbal d'ouverture du Testament dont il s'agit, qu'aucune altération » n'avait été remarquée à l'enveloppe portant » l'acte de suscription, et que cette enveloppe » était fermée avec de la cire rouge et portait » l'empreinte d'un cachet contenant les lettres F. C. R. (2) ».

3°. Un testament est-il valablement *clos et scellé* dans le sens de la loi, lorsque l'enveloppe en est fermée, soit avec de la cire rouge, soit avec des pains à cacheter, mais sans aucune empreinte de sceau ou cachet?

Qu'un pareil Testament soit *clos*, cela n'est pas douteux. Mais est-il *scellé*? Qu'est-ce que *sceller* un acte? C'est évidemment y apposer un sceau, et qu'est-ce qu'un *sceau*? Rien autre chose qu'un instrument à l'aide duquel on fait une ou diverses empreintes sur l'objet auquel on l'applique.

C'est ce qu'expliquait fort clairement la loi 22, D. *qui testamenta facere possint*. Après avoir dit, §. 4, que le testament mystique était nul, si l'un des témoins n'avait fait que le souscrire de son nom sans le sceller (*si quis ex testibus nomen suum non adscripserit, verumtamen signaverit, pro eo est atque si adhibitus non esset; et si, ut multi faciunt adscripserit se, non tamen signaverit, adhuc idem dicemus*), elle ajoutait, §. 5: « peut-on » pour sceller un Testament se servir d'un » sceau qui ne porte que l'empreinte d'un anneau; ou bien, car la manière de sceller » n'est pas uniforme, peut-on y employer un » sceau qui, au lieu de l'empreinte d'un anneau, en porte une toute autre? Et il faut » décider que l'on peut sceller seulement avec » un anneau, pourvu cependant qu'il soit empreint d'une figure ou image contenant des » signes distinctifs »: *signum autem annulo tantùm impressum adhibemus; an verò, net si non annulo, verùm alio quodàm impresso; variè enim homines signant? Et magis est ut*

(1) Jurisprudence de la cour supérieure de Bruxelles, année 1822, tome 1er page 225.

tantùm annulo quis possit signare ; dum tamen habeat formam insculptamque signis imaginem.

Ainsi, point de *sceau* sans empreinte ; et dès-là il est évident qu'appliquer à un acte un instrument dont il ne reste aucune empreinte, ce n'est pas le *sceller*.

Dans l'une des espèces rapportées ci-dessus, n° 13, il était dit, dans l'acte de suscription écrit sur l'enveloppe du testament mystique de la demoiselle Buvet, que la testatrice l'avait *fait cacheter, pour laisser le paquet à la garde du notaire*; et il a été reconnu après la mort de la testatrice, que l'enveloppe était bien cachetée avec de la cire rouge et des pains à cacheter, mais qu'il n'y avait d'empreinte, ni aux cachets apposés avec des pains à cacheter, ni à ceux qui l'avaient été avec de la cire rouge.

Question de savoir si le testament était duement *clos et scellé*, et par suite, valable sous ce rapport, ou si, faute d'être l'un et l'autre, il était nul.

Point de difficulté quant à la clôture. A la vérité, l'acte de suscription n'en contenait pas une mention littérale ; mais il la mentionnait équipollement par l'énonciation que la testatrice l'avait *fait mettre sous enveloppe*, et qu'elle l'avait *fait cacheter*; car bien que dire qu'on a cacheté un acte ouvert, ce ne soit pas nécessairement dire qu'on l'a *clos*, puisqu'il arrive souvent que l'on appose un cachet à un objet quelconque, sans pour cela le fermer, il faut convenir qu'il n'en est pas de même lorsqu'il s'agit d'un papier que l'on énonce *mettre sous enveloppe et cacheter* ; car on ne cachete l'enveloppe qui couvre un papier, que pour le *clore* ; et la mention de sa clôture est nécessairement comprise dans celle du cachet que l'on y applique.

Mais, quant au sceau, c'était toute autre chose. Les cachets apposés au testament, ne portant point d'empreinte, il était impossible de dire que le testament fût *scellé*. Or, la loi veut que le testament mystique soit *scellé* en même temps que *clos*. Celui de la demoiselle Buvet était donc nul.

Cependant les légataires universels en soutenaient la validité.

» 2o Le défaut d'empreinte des cachets ne peut pas, (disait son défenseur), emporter la nullité de l'acte de suscription. A la vérité, l'art. 976 dit: *sera le papier ou l'enveloppe, s'il y a en une, clos et scellé.* Mais cette dernière expression, ne exigeant l'apposition des sceaux, suppose-t-elle la nécessité que ces sceaux aient une empreinte quelconque? Non. L'apposition de cire rouge toute seule, ou d'un pain à cacheter, satisfait au vœu de la loi : voilà le *scellé* ; la formalité est remplie sans qu'il soit besoin d'empreinte sur le pain ni sur la cire.

» Avant la renaissance des lettres, où l'usage de l'écriture était rare, le Français, vivant retiré à la campagne, savait à peine signer son nom ; de là vint la nécessité de substituer le cachet de ses armes à sa signature ; l'orgueil même était flatté de cette substitution ; chaque témoin, comme le testateur, avait son sceau particulier ; ce sceau avait une empreinte distincte, qui était le témoin muet de la présence de celui qui avait concouru à la solennité de l'acte civil.

» Cet usage des sceaux empreints d'un signe particulier, avait été aussi en usage à Rome, non qu'on y méconnût celui d'écrire, mais parcequ'il n'y était point reçu d'apposer sa signature comme nous. Une foule de lois répandues dans le Digeste et le Code, le prouvent ; et c'est sans doute l'exemple des Romains, autant que l'ignorance de l'écriture, qui avait porté nos ancêtres à faire usage de leurs sceaux.

» Lorsque tout ce qui était serf en France n'avait le droit, ni de tester, ni d'être témoin, il n'y avait que les nobles qui eussent ce double privilége : aussi étaient-ils tous munis du sceau de leurs armes.

» Mais aujourd'hui qu'il n'y a plus de serfs, que la faculté de faire des actes civils appartient à tous, que l'usage d'écrire est si étendu, aujourd'hui, peut-on dire encore, que l'usage des sceaux est ignoré dans la classe la plus nombreuse de la société? On ne peut raisonnablement supposer que le mot *scellé*, employé dans le Code civil, emporte l'obligation d'une empreinte, comme autrefois, ni moins encore, que cette omission entraîne la peine de nullité, en vertu de l'art. 1001 du même Code.

» A ce raisonnement bien simple se joint l'autorité de M. Maleville dans son *Analyse raisonnée de la discussion du Code civil : la loi* (dit-il), *a seulement entendu que le Testament fût clos et fermé, de manière qu'on ne pût pas l'ouvrir sans déchirer le papier et sans laisser des vestiges de la rupture.* Si l'on joint à cette autorité le sentiment de M. Grenier, il ne restera plus aucun doute raisonnable sur l'opinion qu'on doit avoir relativement à cette prétendue nullité. Voici ses expressions, tome 2, page 65, n° 261 : *Furgole s'est ensuite demandé si l'enveloppe dans laquelle serait le Testament, devait être munie de quelques sceaux :* mais il n'y a pas de difficulté que par le mot SCELLÉ on a toujours entendu CACHETÉ : *l'usage des sceaux est aboli depuis long-temps en France à* l'égard des par-

ticuliers ; *l'usage de la signature y a été substitué, ainsi que Furgole lui-même l'enseigne dans un développement historique ; et c'est par cette raison que l'art. 5 de l'ordonnance de 1735 contenait ces termes, que l'on a cru inutiles d'insérer dans l'art. 976 du Code :* SANS QU'IL SOIT NÉCESSAIRE D'Y APPOSER LE SCEAU DE CHACUN DESDITS TÉMOINS.

Ni ces raisons, ni ces autorités n'ont fait impression sur les premiers juges : ils ont déclaré le Testament nul, parcequ'à défaut d'empreinte sur les cachets apposés à l'enveloppe, il ne pouvait être réputé que *clos*, et que la loi voulait de plus qu'il fût *scellé*.

Sur l'appel, le jugement de première instance a été confirmé par la cour de Douai, et l'arrêt de cette cour a été maintenu par la section des requêtes de la cour de cassation, le 7 août 1810, « attendu que l'art. 976 exi» geant, outre ladite présentation, la double » formalité de la *clôture* et du *scel* dudit » Testament, la cour d'appel de Douai a pu » prononcer que ces formes n'avaient pas été » observées par une simple clôture, sans ap» position d'aucun sceau ou cachet ».

La question s'est représentée depuis, et a encore été jugée de même.

Joséphine Proot avait fait un Testament mystique que l'acte de suscription qualifiait de *duement clos et scellé*, mais dont l'enveloppe, close seulement avec de la cire d'Espagne, s'est trouvée, après la mort de la testatrice, *sans cachet ni empreinte quelconque*. Ce sont les propres termes du procès-verbal d'ouverture.

En conséquence, demande en nullité de ce Testament ; et le 21 août 1818, jugement du tribunal de première instance de Furnes, qui le déclare nul.

Sur l'appel, les légataires universels se retranchent vainement sur l'énonciation contenue dans l'acte de suscription, que le Testament a été duement *clos et scellé*, et sur les autorités de MM. Malleville et Grenier, par arrêt du 18 février 1818,

« Attendu que l'art. 976 du Code civil dispose textuellement que, *lorsque le testateur veut faire un Testament mystique ou secret...., sera le papier qui contiendra ses dispositions, ou le papier qui servira d'enveloppe, s'il y en a une, clos et scellé;* qu'ainsi, cet article exige impérieusement la double formalité de la clôture et du scel ; et que, par suite ultérieure, le vœu de la loi ne serait pas rempli, si le Testament était seulement clos avec de la cire, sans aucune empreinte de sceau ou de cachet, puisque le mot *scellé*, selon l'idée y attachée par un usage généralement répandu, signifie l'empreinte d'un cachet que l'on a apposée à quelque chose ;

» Attendu que c'est une maxime inviolable, que tout ce qui tient à la forme d'un acte, doit être ponctuellement et individuellement accompli, et que par conséquent il ne peut être admis à cet égard d'équipollences ni inductions, laquelle maxime, relative à la forme des actes en général, est d'autant plus applicable aux Testamens, que la faculté de tester étant une émanation du droit civil, reste soumise aux formalités et conditions prescrites par la loi, et qu'elle opère avec d'autant plus de force encore à l'égard des Testamens qui prennent leur origine sous l'empire du Code civil, que l'art. 1001 de ce Code prononce la nullité des Testamens non revêtus des formalités prescrites par les articles qui précèdent, et nommément par l'art. 976 précité ;

» Attendu qu'il est constaté par le procès-verbal d'ouverture du Testament mystique dont il est question au procès, qu'on a reconnu qu'il n'avait été fait aucune altération à l'enveloppe cachetée avec de la cire rouge, et *sur laquelle enveloppe il n'existait ni cachet ni empreinte quelconque ;*

» Attendu qu'encore que l'acte de suscription dudit Testament contienne l'énonciation que *le papier était clos et scellé*, toutefois il est vérifié par le procès-verbal d'ouverture sus-mentionné, où les notaire et témoins qui ont signé le susdit acte de suscription sont intervenus, qu'il n'avait été fait aucune altération à l'enveloppe cachetée avec de la cire rouge, ainsi qu'il a été dit ci-dessus, et qu'en conséquence, l'on peut raisonnablement présumer que le notaire a cru que le Testament était scellé, lorsqu'il était clos sans empreinte, et alors il n'y a pas de contrariété entre les deux actes sus-énoncés ;

» Attendu que, d'après tout ce qui précède, il ne peut rester le moindre doute sur la nullité du Testament mystique qui forme l'objet de la cause actuelle ;

» Par ces motifs, la cour (supérieure de justice de Bruxelles), le premier avocat général entendu, et de son avis, met l'appellation au néant, condamne les appelans à l'amende et aux dépens (1) ».

Que peuvent contre cette manière de juger, les autorités que l'on y opposait dans l'une et l'autre espèce ?

M. Malleville ne pose pas exactement la question, et c'est parce qu'il la pose mal, qu'il la résoud contre le texte de

(1) Jurisprudence de la cour supérieure de justice de Bruxelles, année 1818, tome 1, page 259.

la loi. Voici ses termes : « Suit-il des mots » *clos et scellé*, que, sur la feuille contenant » le Testament, ou sur le papier qui lui servira » d'enveloppe, le testateur soit obligé, à peine » de nullité, d'imprimer son cachet ordinaire? » Je ne le crois pas ; il y a tant de testateurs, » surtout dans les campagnes, qui n'ont pas de » cachet ou sceau. La loi a seulement entendu » que le Testament fût clos et fermé, de ma- » nière à ce qu'on ne pût pas l'ouvrir sans dé- » chirer le papier, et sans laisser des vestiges » de la rupture ».

Oui, sans doute, il y a beaucoup de testateurs *qui n'ont pas de sceau ou cachet*. Mais pour que la conséquence que tire de là M. Malleville fût juste, il faudrait que la question fût de savoir si la loi, en employant le mot *scellé*, veut, à peine de nullité, que le testateur imprime *son cachet ordinaire*, soit au Testament, soit à l'enveloppe qui le ferme? Et il est bien clair que, dans cette hypothèse, ce serait prêter à la loi un sens absurde, que de supposer qu'elle entende par les mots *clos et scellé*, autre chose qu'une clôture proprement dite. Mais la question est seulement de savoir, comme on le verra dans un instant, si, outre la clôture du testament mystique, il faut, à peine de nullité, y appliquer un *cachet quelconque ;* et comme la loi a pu, sans blesser la raison, se décider pour l'affirmative, il est évident que l'argument de M. Malleville tombe de lui-même.

Quant à M. Grenier, il convient avec Furgole, que, « par le mot *scellé*, on a toujours » entendu *cacheté* ». Il faut donc raisonner sur le mot *cacheté*, comme j'ai raisonné plus haut, sur le mot *scellé*. Qu'est-ce que *cacheter* un papier? C'est incontestablement y appliquer un cachet ; et qu'est-ce qu'un *cachet*, si ce n'est, suivant la définition que les lois romaines donnaient au mot *sceau*, un instrument propre à faire des empreintes sur l'objet auquel on l'applique? Il y a si peu de doute là-dessus dans notre langue, qu'après avoir assez inexactement défini le *cachet*, « un pe- » tit sceau avec lequel *on ferme* des lettres, » des billets » (comme si l'on n'apposait pas souvent un cachet à un acte, notamment à une procuration que l'on ne *ferme* pas), le dictionnaire de l'académie française ajoute : « *Cachet* se dit aussi de *l'empreinte* formée » sur la cire avec le cachet... on dit figurément » qu'*une chose porte le cachet de quelqu'un*, » qu'*il y a mis son cachet*, pour dire qu'on y » reconnaît sa manière, ou qu'on y voit quel- » qu'autre chose qui dénote qu'il en est l'au- » teur ».

Mais quelle peut, d'après cela, être la pensée de M. Grenier, lorsqu'à la suite du passage cité, il dit que « l'usage des sceaux est » aboli depuis long-temps en France à l'égard » des particuliers, et que l'usage de la signa- » ture y a été substitué, ainsi que l'enseigne » Furgole dans un dév[illegible]ppement histori- » que ». Elle ne peut pas être différente de celle de Furgole lui-même. Or, en disant, chap. 2, sect. 1, n° 11, et sect. 3, n° 22, qu'*à l'usage des sceaux des témoins établi par le droit romain et abrogé par la jurisprudence de tous les tribunaux du royaume*, a succédé, après plusieurs siècles de barbarie, *la nécessité de la signature des témoins, laquelle a été introduite par les ordonnances d'Orléans et de Blois*, Furgole entend-il dire que le Testament mystique ne doit pas être *scellé* ou *cacheté* ? Non assurément : il n'entend donc pas non plus dire que le Testament mystique doit être réputé *cacheté*, par cela seul qu'il est clos avec de la cire d'Espagne ou du pain à chanter sans empreinte.

Ainsi, c'était bien mal-à-propos que, dans l'affaire jugée par l'arrêt de la cour de cassation, du 7 août 1810, les légataires universels de la demoiselle Buvet se prévalaient de l'autorité de M. Grenier.

Mais c'était d'après la première édition de l'ouvrage de M. Grenier qu'ils le citaient ; et voici ce que nous lisons dans la seconde, à la suite du passage dont il s'agit :

« Dès que tout ce que je viens de dire, avait » lieu sous l'empire de l'ordonnance de 1735, » quoiqu'il fût dit dans l'art. 9 que le testa- » ment serait clos et scellé *avec les précau- » tions en tel cas requises et accoutumées*, » on sent qu'à plus forte raison il doit en être » de même d'après l'art. 976 du code, où l'on » n'a pas cru devoir répéter ces expressions. » Cette circonstance fait encore plus supposer » qu'il n'y a point de précautions déterminées, » et que le législateur a entendu qu'il suffisait » que le Testament fût *clos et cacheté*, et qu'à » l'inspection du paquet on fût convaincu qu'il » y avait une clôture suffisante ».

Ici l'auteur rappelle l'arrêt de la cour de cassation, du 7 août 1810, puis il continue ainsi :

» Cette décision ne détruit pas précisément » ce que j'ai dit, qu'il suffirait que le Testa- » ment fût clos et cacheté de manière à con- » vaincre que la clôture a été respectée ; et il » serait en effet bien rigoureux de ne pas trou- » ver, dans ce cas, le vœu de la loi rempli ; mais » on sentira d'avantage l'utilité de se servir » d'un sceau ou cachet, ne fût-ce que pour » enlever tout prétexte à ceux qui ont intérêt » de faire tomber la disposition ».

Je ne comprends pas comment M. Grenier peut dire, d'un côté, *qu'il suffit* (et par conséquent qu'il est absolument nécessaire) *que le Testament soit clos et cacheté de manière à convaincre que la clôture a été respectée*; et de l'autre, qu'il n'y a qu'*utilité* et par conséquent nulle nécessité *de se servir d'un sceau ou cachet.*

Mais à part cette contradiction, sinon réelle, du moins apparente, je comprends encore moins comment M. Grenier peut ne regarder l'usage du *sceau* ou *cachet* que comme une précaution surabondante, quoique très-sage, lorsque d'ailleurs le testament est clos de la manière dont l'était celui de la demoiselle Buvet.

Tout le monde sait avec quelle facilité certains hommes savent ouvrir et refermer, sans qu'il en reste le moindre vestige, des papiers qui ne sont clos qu'avec de la cire ou du pain à chanter sans empreinte. A la vérité, il en est, parmi eux, dont la coupable adresse s'étend jusqu'à ouvrir et refermer de même des papiers véritablement *cachetés*; mais du moins ils n'y réussissent pas toujours, ou plutôt il est extrêmement rare qu'ils ne laissent pas sur ces papiers de légères traces de leur infidélité; et en faut-il davantage pour expliquer le soin que prend la loi d'exiger que le testament mystique soit, non seulement *clos*, mais encore *scellé*?

Ce qu'il y a de certain, c'est qu'on ne peut pas dire que ce soit sans dessein que l'illustre rédacteur de l'ordonnance de 1735 prescrit cumulativement l'emploi de l'une et de l'autre de ces formalités. Il avait sous les yeux la loi *hâc consultissimâ*, et c'est sur le modèle de cette loi, qu'il en a composé l'art. 9: mais il y a fait un changement remarquable. La loi *hâc consultissimâ* laissait au testateur le choix de cacheter son testament, ou, soit de le lier, soit de le fermer d'une simple enveloppe, avant de le présenter aux témoins: *consignatum vel ligatam, vel tantùm clausam involutamque scripturam proferre*; et l'art. 9 de l'ordonnance de 1735 a voulu, au contraire, que le testament mystique fût, à la fois *clos et scellé*, lorsque le testateur le présenterait au notaire et aux témoins, à moins qu'il ne préférât le clore et sceller en leur présence; et l'art. 976 du code civil dit littéralement la même chose. Quel doute peut-il rester, après cela, sur notre question?

4° Un Testament mystique qui, au moment où s'en fait l'ouverture après la mort du testateur, se trouve à la fois *clos et scellé*, est-il nul par cela seul, que dans l'acte de suscription, il est seulement fait mention qu'il a été *clos* par le testateur, soit avant sa présentation au notaire et aux témoins, soit en présence de ceux-ci?

Sans doute, et il y en a une raison sans réplique: c'est que rien ne constate que le Testament ait été scellé au moment où il devait l'être à peine de nullité, et qu'il ne l'ait pas été, soit postérieurement à l'acte de suscription, ce qui aurait rompu l'unité de contexte prescrit par la loi à l'égard de cet acte (1), soit après la mort du testateur.

Voici néanmoins une espèce dans laquelle la cour royale de Bordeaux a jugé le contraire.

Le 29 germinal an 9, la dame Ychon présente à un notaire et à six témoins un papier *clos*, sans ajouter *et scellé*, qu'elle déclare être son Testament écrit par une main étrangère et signé de la sienne; et l'acte de suscription en est dressé à l'instant sur le *verso* de la feuille de papier timbré qui contient les dispositions de la testatrice.

Le 13 décembre 1813, après la mort de la dame Ychon, l'état de ce Testament est constaté en ces termes par le procès-verbal d'ouverture: « et à l'instant, Me Laribaut, notaire, nous a remis un papier cacheté de » deux cachets sur cire ardente rouge, lacé » d'un ruban blanc, sur le premier *folio* duquel est écrit l'acte de suscription du Testament de feue dame Thérèse-Antoinette Ychon, épouse du sieur Pierre Ychon, daté du 2 germinal an 9, signé au bas....; ledit » folio sans renvoi, raturé, ni interligne ..».

Sept ans après, les héritiers légitimes de la dame Ychon demandent la nullité de ce Testament, et se fondent sur ce qu'il n'est pas énoncé dans l'acte de suscription, qu'il était scellé au moment où la testatrice l'a présenté au notaire et aux témoins.

Les héritiers du légataire universel répondent, 1°, en s'appuyant de la doctrine de Furgole, refutée ci-dessus (première question), que l'acte de suscription mystique dont il s'agit, étant écrit sur le revers du papier qui contient les dispositions de la testatrice, il n'a pas été nécessaire de clore et sceller le Testament; 2° que l'état matériel du Testament, constaté par le procès-verbal d'ouverture, prouve qu'il était, non-seulement *clos*, mais encore *scellé*, au moment où en a été dressé l'acte de suscription; 3° que l'art. 9 de l'ordonnance de 1735 n'exigeait pas qu'il fût fait mention expresse dans l'acte de suscription, soit de la clôture, soit du scellement du Testament mystique.

(1) V. ci-dessus, §. 2, art. 7.

Le 7 janvier 1821, jugement du tribunal de première instance de Libourne, qui déclare le Testament nul.

Sur l'appel des héritiers du légataire universel, la cour royale de Bordeaux, préjugeant à la fois, et que le Testament serait nul, nonobstant l'avis de Furgole, s'il n'eût pas été *scellé* en même temps que *clos*, et que la mention expresse du scellement peut être suppléée dans l'acte de suscription par le fait de l'apposition du scel, rend un premier arrêt qui ordonne l'apport de la minute du Testament de la dame Ychon.

Et par arrêt définitif du 21 mars 1822 *contre les conclusions du ministère public*, elle déclare le Testament valable,

« Attendu qu'il résulte de l'inspection du » Testament, qu'il était clos et scellé, lors- » qu'il a été présenté au notaire et aux té- » moins, et que l'acte de suscription en a été » dressé; qu'ainsi le vœu de la loi a été rem- » pli (1) ».

Il est bien difficile de ne pas regarder cet arrêt comme violant ouvertement la loi dont il déclare que *le vœu a été rempli*.

D'une part, je crois avoir démontré dans les conclusions du 6 ventôse an 13, que, par les mots, *le notaire en dressera l'acte de suscription*, l'art. 9 de l'ordonnance de 1735 et l'art. 976 du Code civil veulent impérativement et sous la peine de nullité écrite dans les articles subséquens auxquels ils se réfèrent respectivement, qu'il soit fait dans l'acte de suscription mention expresse du scel en même tems que de la clôture du Testament mystique.

D'un autre côté, comment la mention de ces deux dernières formalités pourrait-elle être remplacée par le fait que le Testament se trouve *scellé* au moment où il est présenté, après la mort du testateur, au magistrat chargé par la loi d'en faire l'ouverture? Où peut être, à défaut de cette mention, comme je l'ai déjà dit, la garantie que le scel n'y a pas été apposé après coup?

Enfin, l'arrêt de la cour de cassation, du 28 décembre 1812, rapporté ci-dessus, n° 13, tranche nettement la question.

5° Y a-t-il nullité, lorsque l'acte de suscription étant écrit sur la feuille qui sert d'enveloppe au Testament, et est énoncée comme *duement close et cachetée* en présence du notaire et des témoins, il se trouve, après la mort du testateur, que cette feuille, quoique *duement cachetée*, n'était pas *close* exactement?

Il faut distinguer:

Si cette feuille, quelqu'imparfaite qu'en soit la clôture, est cachetée de manière qu'il soit impossible d'en retirer le Testament, sans en altérer le papier, point de nullité. On trouvera ci-après, n° 27, un arrêt du parlement de Paris, du 12 février 1779, qui le juge ainsi, et la raison en est simple: quel est l'objet de la clôture ordonnée par la loi? C'est d'empêcher qu'on ne puisse ouvrir l'enveloppe et en extraire le vrai Testament, pour en substituer un faux, sans qu'il en reste de traces. Or, cet objet est parfaitement rempli dans l'hypothèse dont il s'agit. L'imperfection de la clôture est donc alors sans conséquence.

Mais si le cachet apposé sur l'enveloppe, n'empêche pas que l'on n'en puisse retirer le Testament parfaitement entier, nul doute que l'imperfection de la clôture n'emporte nullité.

Il a cependant paru, il y a quelques années, en faveur de l'opinion contraire, une consultation revêtue de signatures imposantes: voici à quelle occasion.

Le 18 décembre 1821, un notaire présente au président du tribunal de première instance de la Flèche, un paquet revêtu d'un acte de suscription du 2 août 1817, et contenant un Testament mystique par lequel le sieur Poulet (décédé le 15 du même mois) qui l'avait signé, après l'avoir fait écrire d'une main étrangère, instituait pour ses légataires universels les sieurs Martin et consorts, et faisait un grand nombre de legs particuliers.

Le président constate, par le procès-verbal d'ouverture,

1° Que l'enveloppe dont le Testament est recouvert, contient sur son *recto* l'acte de suscription prescrit par la loi;

2° Qu'elle est repliée sur les bords, aux trois côtés ouverts de la feuille dont elle se compose;

3° Que chacun des replis est à peine large d'un doigt;

4° Que, pour les assujétir, on a placé de la cire rouge aux quatre angles de cette feuille;

5° Qu'une seule porte l'empreinte d'un cachet représentant un chevron en trois points;

6° Qu'ayant ouvert cette enveloppe, en rompant la cire ainsi apposée aux quatre coins, il a trouvé le Testament du sieur Poulet, plié en forme de lettre missive, scellé, comme l'enveloppe, en cire rouge, et portant une empreinte de cachet semblable à celle qui se trouvait sur l'un des replis.

Demande en nullité de ce Testament, de

(1) Jurisprudence de la cour de cassation, tome 23, partie 2, page 49.

la part des héritiers légitimes. Il ne pourrait être valable, disent-ils, qu'autant qu'il eût été duement clos et scellé ; or, il n'était ni l'un ni l'autre. Il a été *mal clos ;* car, d'après la manière dont était repliée et cachetée la feuille servant d'enveloppe, il était facile d'y glisser les doigts, vu la grande distance des cachets, de saisir le Testament plié dans une dimension beaucoup plus petite que l'enveloppe, de l'extraire sans altérer les cachets, et d'en substituer un autre. Il a été *mal scellé* parceque des quatre taches de cire qui assujétissaient chacun des coins de l'enveloppe, une seule était empreinte d'un cachet, ce qui permettait d'ouvrir l'enveloppe à chacun des trois autres côtés, et de remplacer la cire sans laisser de traces de l'ouverture.

Les légataires répondent qu'en droit, il suffit que le Testament ait été *clos et scellé*, d'une manière quelconque, pour être à l'abri de toute critique ; et qu'en fait, le procès-verbal d'ouverture prouve qu'il a été clos et scellé suivant le vœu de la loi.

Le tribunal de la Flèche, pénétré de l'idée qu'une clôture imparfaite ne remplit pas l'objet du législateur, rend un jugement interlocutoire par lequel, considérant qu'il n'est pas suffisamment constaté par le procès-verbal d'ouverture, qu'il était impossible d'ouvrir l'enveloppe et d'en retirer le Testament sans déchirer le papier, il ordonne l'apport de la minute et de l'enveloppe du Testament.

Ce jugement est exécuté, et les juges examinent les pièces. Ils reconnaissent, suivant le procès-verbal qu'ils en dressent eux-mêmes, qu'il y avait possibilité d'extraire le Testament de dessous l'enveloppe, en passant les doigts sous les replis ; et ils déclarent avoir fait successivement deux épreuves, l'une sur le Testament lui-même fermé à l'aide d'épingles, comme il l'était au moment où il avait été présenté au président ; l'autre sur un *fac simile*.

En conséquence, jugement du 7 avril 1823, qui annulle le Testament.

Appel de la part des légataires à la cour royale d'Angers.

Ils critiquent d'abord le mode d'examen que les premiers juges ont fait de la minute et de l'enveloppe du Testament : que signifient, disent ils, les deux épreuves d'après lesquelles il a été décidé qu'il aurait été possible d'ouvrir l'enveloppe et d'en retirer le Testament sans altérer le papier ? Les pièces n'étaient plus, lors de ces épreuves, dans le même état que lors de leur présentation au président ; des épingles ont pu céder plus facilement que ne l'eût fait de la cire ; et un *fac simile* ne peut, en pareil circonstance, donner lieu qu'à des conjectures.

Ensuite, sur le point de droit, ils produisent la consultation dont j'ai parlé, et qui me paraît contenir de graves erreurs.

Elle débute par établir « qu'aucune disposition du Code civil ne porte qu'il faille qu'un » Testament mystique soit scellé de telle manière plutôt que de telle autre, à peine de » nullité ; que le Code a dit, art. 976, que ce » Testament sera clos et scellé ; mais qu'il n'a » rien déterminé sur la forme de la clôture et » du scellement ; qu'il s'en est rapporté sur » ce point au testateur ; et que la preuve que » le mode de scellement et de clôture n'a paru » d'aucune importance aux rédacteurs, se » trouve dans la différence de rédaction qui » existe entre l'art. 976 du Code et l'art. 9 de » l'ordonnance de 1735, quoique ces deux ar» ticles renferment la même disposition ; que » cet art. 9 portait que le Testament serait » clos et scellé *avec les précautions en tel cas* » *requises et accoutumées* ; que, dans l'art. » 976 du Code, on a retranché ces dernières » expressions ; et que le motif de ce retranche» ment a été évidemment de faire disparaître » tout prétexte de disserter, d'équivoquer et » d'imaginer des nullités, à raison de ce que » la clôture et le scellement d'un Testament » se trouveraient faits avec plus ou moins de » précautions » ; assertions parfaitement justes, si on les réduit à dire que le plus ou le moins de précautions est indifférent en cette matière, pourvu que le Testament se trouve véritablement *clos et scellé ;* mais souverainement fausses, si elles signifient que la loi se contente d'une clôture et d'un scellement qui n'en ont que le nom et n'empêchent pas que, dans l'intervalle de l'acte de suscription à la mort du testateur et la présentation du Testament au magistrat chargé d'en vérifier l'état, le testateur lui-même ou un tiers n'ouvre l'enveloppe, n'en retire le Testament qu'elle recouvre, et n'en substitue un autre sans altérer le papier.

Après ce début, la consultation poursuit en ces termes :

« Si l'on cherche à pénétrer pourquoi les rédacteurs du code n'ont pas été plus exigeans, il est facile d'en découvrir le motif. La clôture et le scel d'un Testament mystique ont deux objets : l'un de mettre obstacle aux changemens et falsifications qui pourraient être faits au Testament, en l'ouvrant ou le tirant de dessous son enveloppe ; l'autre, d'assurer le secret de ce Testament.

» A l'égard du premier objet, il se trouve suffisamment rempli par la signature du tes-

tateur. Le Testament mystique est semblable au Testament olographe, excepté seulement qu'il n'est pas nécessaire qu'il soit écrit ni daté de la main du testateur; et c'est pour y suppléer, que la déclaration du testateur en présence de six témoins, ainsi que l'acte de suscription, sont exigés. Mais ces deux formalités une fois remplies, celles de la clôture et du sceau deviennent, en réalité, superflues, parcequ'il ne serait pas plus possible à tout autre que le testateur, de changer ou altérer un Testament mystique, qu'un Testament olographe, sans se rendre coupable de faux.

» Quant au second objet, le secret du Testament n'intéresse que le testateur; dès-lors, il est libre de cacher plus ou moins son secret; et s'il ne prend pas assez de précautions pour empêcher qu'il ne soit divulgué, c'est parcequ'il veut bien en courir les risques..... Il est donc certain qu'aucun moyen de nullité ne peut résulter de ce que la clôture et le sceau du Testament n'ont pas été faits avec des précautions suffisantes pour en assurer le secret ».

La consultation termine par argumenter de ce que les héritiers légitimes n'allèguent pas, et prouvent encore moins, que le Testament ait été substitué; et par soutenir qu'il faudrait qu'ils allassent jusques-là pour triompher; « qu'il ne suffit pas de dire qu'il était possible » que la substitution eût lieu; que cette *pos-* » *sibilité n'est point punie dé la nullité* ».

Ainsi, suivant la consultation, le législateur a été assez inconséquent pour assujétir le Testament mystique aux formalités de la clôture et du scellement, sous peine de nullité, et pour laisser, quant à la manière de les remplir, une latitude qui les rend illusoires et les détruit!

Ainsi, le testateur qui ne peut pas disposer de ses biens sous seing-privé, s'il n'écrit ses dispositions de sa propre main, pourra cependant, après avoir fait revêtir d'un acte de suscription mal clos et mal scellé, un Testament qu'il aura fait écrire par une main étrangère, l'en retirer à volonté et y substituer un autre Testament qu'il n'aura pas écrit lui-même, et qu'il aura seulement signé; et ce Testament, nul comme olographe, sera exécuté comme mystique!

Ainsi, un faussaire pourra, à l'aide d'un blanc-seing surpris au testateur, substituer impunément aux dispositions de celui-ci, un Testament qu'il aura fabriqué lui-même!

Il est impossible d'admettre un système qui conduit nécessairement à de pareilles absurdités. Aussi la cour royale d'Angers ne l'a-t-elle pas accueilli. Elle a infirmé, il est vrai, le jugement du tribunal de la Flèche qui avait déclaré nul le Testament du sieur Poulet, mais par quels motifs?

« Attendu (a-t-elle dit par son arrêt du 19 février 1824) qu'il résulte des art. 976 et 1001 du Code civil, qu'on ne saurait, sans encourir la peine de nullité, se soustraire à l'exécution d'aucune des formalités prescrites pour assurer la validité du Testament mystique; mais aussi qu'on ne doit pas arbitrairement aggraver les conditions du mode d'exécution desdites formalités; qu'ainsi, par exemple, le concours du scel et de la clôture doit exister au Testament, *de manière à en assurer le secret et l'identité*, sans que néanmoins il soit permis de prononcer que le scel et la clôture sont vains et illusoires, parceque le testateur ne s'est pas restreint, à cet égard, à telle forme ou telle précaution, à telle place ou nombre d'empreintes et cachets;

» Qu'il est évident que la loi s'en est rapportée à la prudence et à l'intérêt du disposant, puisqu'elle n'a rien spécialisé sous ce double rapport; *que la clôture est suffisante, quand on ne peut ouvrir un Testament ou y arriver par l'ouverture de l'enveloppe qui le renferme, sans laisser de traces visibles de l'altération du papier qui servait à clore*; que le scel est le complément de la clôture lorsque, comme dans l'acte du 2 août 1817, l'empreinte qui se trouve placée sur l'enveloppe du Testament et celle existante sur la minute, atteste, par son identité, qu'il n'y a eu ni déplacement ni substitution; *qu'il est constant, même d'après les premiers juges, que la clôture de ce Testament a été rompue aux deux angles des replis de l'enveloppe, et qu'on n'y est parvenu qu'en faisant deux déchirures remarquables au papier par la cire qui s'y trouve adhérente, et deux trous qu'elle y a laissés*; que, dès-lors, on ne devait pas être porté à penser *qu'il pouvait être possible* d'extraire ledit Testament du papier, à l'aide d'expériences tentées sur d'aussi frêles élémens, qui n'étaient plus sains ni entiers; et qu'étant devenu impraticable de les recomposer à leur état primitif, aucun résultat positif ne pouvait être suppletivement obtenu pour ou contre la validité de la clôture et du scel dudit Testament;

» Attendu que la justice trouve dans le procès-verbal du président, investi par la loi du droit de constater le dépôt et l'ouverture du Testament, la preuve qu'à la présentation et à l'inspection du paquet, lors du décès du sieur Poulet, le notaire qui l'avait gardé et les témoins qui avaient signé l'acte de suscription, ont reconnu qu'ils voyaient ce qu'ils avaient

vu auparavant; que l'enveloppe du Testament portait, sur son revers, un cachet en cire rouge, ayant pour empreinte un chevron et trois points; que le cachet était intact; qu'il est constant que l'empreinte du cachet sur l'enveloppe, et la qualité de la cire sont identiques avec l'empreinte du cachet intérieur apposé audit Testament; qu'il résulte de cet état de choses, que le magistrat a jugé suffisamment vérifié, qu'on ne saurait en induire qu'il y a eu inobservation de l'art. 976 précité;

» Attendu enfin qu'aucune circonstance du procès ne rend présumable la substitution d'une volonté étrangère à celle du sieur Poulet; qu'au contraire, si l'on se reporte à des dispositions antérieures du testateur, il y a juste raison de croire à son intention prononcée de favoriser les légataires actuels au préjudice des héritiers du sang; que le Testament dont il s'agit, contient un tel nombre de dispositions, une telle série de détails minutieux sur les choses et les personnes, qu'il ne peut rester de doute qu'il ne soit émané du sieur Poulet (1) ».

Cet arrêt juge donc, tout en déclarant valable un Testament mystique dont la clôture n'était point parfaite, qu'il aurait dû être annulé, si de l'imperfection de sa clôture il fût résulté qu'il avait été possible de l'ouvrir sans altérer le papier.

6° Pour qu'un Testament mystique soit réputé duement scellé, est-il nécessaire qu'il le soit du propre cachet du testateur?

L'art. 9 de l'ordonnance de 1735, ne l'exigeait pas, et l'art. 976 du Code civil ne l'exige pas davantage. Quel doute peut-il y avoir, d'après cela, que le testateur ne puisse se servir du cachet d'autrui, soit pour sceller lui même son Testament, avant de le présenter au notaire et aux témoins, soit pour le faire sceller en leur présence?

La loi *hâc consultissimâ*, qui, encore une fois, a servi de modèle à l'art. 9 de l'ordonnance de 1735, et par suite à l'art. 976 du Code civil, voulait que l'acte de suscription du Testament mystique fût scellé, mais par qui? Par le testateur? Non. Elle exigeait seulement que le testateur y apposât sa signature, et qu'en cas qu'il ne pût pas signer, on appelât un témoin de plus. C'était donc par les témoins que l'acte de suscription devait être scellé, et elle le disait en termes exprès: *testibus subscribentibus et consignantibus*. Mais chacun des témoins devait-il absolument le sceller d'un cachet qui lui fût propre? Elle ne s'expliquait pas là-dessus; mais Justinien a déclaré formellement, dans ses institutes, titre *de testamentis ordinandis*, §. 5, que les témoins pouvaient tous se servir du même cachet, quand même il n'eût appartenu à aucun d'eux (1). Et longtemps auparavant, le jurisconsulte Ulpien avait décidé, comme on le voit par la loi 22, §. 2, D. *qui testamenta facere possint*, que les témoins pouvaient sceller le Testament mystique, avec un cachet que leur prêtait à cet effet le testateur: *si ab ipso testatore annulum accepero et signavero, testamentum valet quasi alieno signaverim*.

Voilà bien la preuve que la disposition d'une loi qui veut que l'on scelle un acte, ou qu'on le fasse sceller, n'exclud pas la faculté de le sceller ou de le faire sceller d'un cachet étranger à celui qui l'emploie. Et de là, la conséquence qu'un Testament mystique ne peut pas être annulé parce la seul que le testateur s'est servi, pour le sceller ou faire sceller, d'un cachet qui ne lui appartenait pas.

C'est au surplus ce qui a été jugé dans l'espèce rapportée ci-dessus, §. 2, art. 4, n° 6. Parmi les moyens de nullité qu'employaient les héritiers légitimes du sieur d'Antonelle contre le Testament mystique qu'il avait fait en faveur du sieur Perrin des Joncquières, il y en avait un qui était tiré de la circonstance que ce n'était pas avec son propre cachet, mais avec celui du notaire, que le testateur avait fait sceller ses dernières dispositions.

Ce moyen devait être et a été effectivement rejeté, comme les autres, par les premiers juges.

Les héritiers légitimes ne l'ont pas reproduit sur l'appel; et cependant ils ont ensuite prétendu faire casser, pour ne l'avoir pas adopté d'office, l'arrêt de la cour royale d'Aix qui avait confirmé le jugement de première instance. « Le Testament (ont-ils dit) n'a été » scellé que du sceau du notaire qui l'a reçu et » qui en est resté dépositaire; rien n'indique » donc que son contenu soit l'expression véri» table de la volonté du testateur; le notaire » qui a dû clore et sceller l'enveloppe, ainsi » que l'indique l'apposition de son cachet, y » aurait pu substituer tout autre écrit, toutes » autres dispositions que celles que le testateur » aurait écrites ou fait écrire lui-même; un » pareil Testament devait donc nécessaire» ment être annulé par la cour d'appel ». Mais par arrêt de la section des requêtes, du 8

(1) Jurisprudence de la cour de cassation, tome 24, page 164.

(1) *Possunt autem omnes testes et uno annulo signare testamentum. Quid enim si septem annuli unâ sculpturâ fuerint secundùm quod Papiniano visum est? Sed et alieno quoque annulo licet signare testamentum.*

février 1820, le recours en cassation des héritiers légitimes a été rejeté, « attendu qu'en » droit, la loi n'impose pas au testateur l'obli» gation de se servir de son propre cachet; et » qu'au surplus, ce moyen n'a pas été repro» duit devant la cour d'appel qui ne s'en est » pas occupée ».

La même chose a été jugée par la cour supérieure de justice de Bruxelles, au sujet du Testament mystique de la dame de Watripont dont il est parlé ci-dessus (2°).

L'héritier légitime soutenait que, si les mots *clos et cacheté* équipollaient à *clos et scellé*, du moins on ne devait pas regarder comme *cacheté* le Testament mystique dont il s'agissait, parceque le cachet dont s'était servi la testatrice pour le fermer, n'était pas le sien, et qu'elle l'avait emprunté du notaire ou de son fils.

Mais, par arrêt du 16 février 1822, ce moyen subsidiaire a été rejeté, comme le moyen principal, « attendu que l'art. 976 du Code civil » exige bien que le papier servant d'enve» loppe soit clos et scellé, mais nullement » qu'il soit scellé du sceau ordinaire du testa» teur ».

XV. L'acte de suscription est-il nul, si le Testament mystique étant signé du testateur, il ne contient pas la mention expresse de la déclaration que le testateur a faite au notaire et aux témoins de l'avoir signé effectivement?

L'affirmative ne peut faire la matière d'aucun doute, et voici une espèce dans laquelle un arrêt l'a consacrée.

La dame Core avait fait, en faveur de son mari, un Testament mystique qu'elle avait signé; mais l'acte de suscription ne constatait pas qu'en le présentant au notaire et aux témoins, elle eût déclaré l'avoir revêtu de sa signature.

De là, une demande en nullité de l'acte de suscription, et par suite du Testament.

Le légataire a prétendu écarter cette demande par le fait que ses adversaires ne niaient pas que le Testament fût effectivement signé de la testatrice.

Mais par arrêt de la cour d'appel de Turin, du 1er février 1806, confirmatif d'un jugement de première instance, le Testament a été déclaré nul, « attendu qu'il ne résulte pas de » l'acte de suscription, que la dame Core ait » *déclaré* au notaire que le Testament a été » écrit et *signé* par elle; que la preuve d'une » pareille déclaration ne peut résulter que de » l'acte même de suscription; car dès que la » loi ne se contente pas du *fait*, mais qu'elle » exige une *déclaration* de la bouche du tes» tateur lui même faite au notaire et aux té» moins, lors de l'acte de suscription; dès » qu'immédiatement après, elle ajoute ces » mots, *le notaire* EN *dressera l'acte de sus» cription*, il s'ensuit nécessairement que la » déclaration du testateur doit faire partie de » l'acte de suscription; qu'ainsi, le silence de » l'acte à cet égard est un vice de forme qui » suffit pour faire annuler le Testament (1) ».

Il paraîtrait, d'après cela, que l'on dût considérer comme nul l'acte de suscription dans lequel il serait seulement dit que le testateur a déclaré que *le papier qu'il présente, est son testament écrit par un tel à sa réquisition et signé;* car, dans cette hypothèse, le mot *signé* n'indiquerait pas littéralement que c'est au testateur qu'il se réfère; et c'était par cette raison qu'un jugement du tribunal de première instance de Mâcon, du 14 août 1817, avait annulé le Testament mystique du sieur Grobon, du 2 floréal an 4, dans l'acte de suscription duquel il était dit « qu'il dépose entre les » mains de nous dit notaire, le présent papier, » son Testament écrit à sa réquisition par nous » dit notaire, et signé au bas de la page et à » la fin ».

Mais, par arrêt du 17 avril 1818, la cour royale de Lyon a réformé ce jugement, « at» tendu que l'ordonnance de 1735, en réglant » les formalités à observer dans les Testamens » mystiques et dans leurs suscriptions, n'a pas » prescrit une formule obligée dont il ne soit » permis de s'écarter, à peine de nullité; elle » a voulu seulement qu'il fût certain et cons» tant dans la suscription, que le Testament » avait été signé par le testateur, et qu'il l'avait » déclaré au notaire en présence des témoins; » et de quelques expressions que se serve le » notaire pour exprimer ce fait, il suffit qu'il » soit énoncé et qu'on ne puisse l'entendre » autrement. Or, dans la cause, la suscription » était conçue ainsi : *qu'il dépose entre les » mains de nous dit notaire, le présent pa» pier, son Testament écrit à sa réquisition, » par nous dit notaire, et signé au bas de la » page et à la fin;* il est évident que la men» tion de la signature ne peut se rapporter » qu'au testateur; car, pour qu'elle pût se » rapporter au notaire qui avait écrit le Tes» tament, il faudrait qu'il y eût *écrit à sa ré» quisition, et signé par nous dit notaire;* et » ce qui ne laisse aucun doute sur la manière » d'entendre la suscription, c'est que le Tes» tament étant effectivement signé par le tes-

(1) Journal des Audiences de la cour de cassation, année 1806, Supplément, page 113.

» tateur, on ne peut pas supposer que, dans » sa déclaration au notaire, il ait voulu an- » noncer qu'il était signé par un autre (1) ».

XVI. De ce que l'art. 976 du Code civil exige, comme l'exigeait également l'art. 9 de l'ordonnance de 1735, que le testateur déclare dans l'acte de suscription, que le papier qu'il présente au notaire et aux témoins, *est son testament écrit et signé de lui, ou écrit par un autre et signé de lui*, s'ensuit-il que l'acte de suscription est nul, s'il y est seulement exprimé que le papier qu'il présente, comme son Testament, *a été dicté par lui et qu'il l'a signé?*

Non. Parce qu'en déclarant qu'il a *dicté* son Testament, le testateur fait suffisamment entendre que l'écriture n'en est pas de sa main; et c'est ce qu'a jugé un arrêt de la cour d'appel de Turin, du 5 décembre 1806, « attendu que » la déclaration faite par le testateur en l'acte » de suscription que le Testament dont il s'a- » git, a été *par lui dicté et signé* par lui-même, » est, en l'espèce, entièrement équipollente à » celle que le Testament a été *écrit par un au- » tre et signé par lui testateur*; qu'en effet, » quoique le mot *dicté* ne puisse être équipol- » lent à celui d'*écrit*, toutes les fois que la loi » requiert que mention soit faite de la per- » sonne qui a dû écrire, puisque, dans ce cas, » le but de la loi ne serait rempli qu'à moitié, » le Testament ayant pu être écrit par toute » autre personne que celle qui aurait dû l'é- » crire, il n'y a cependant point de doute que » ledit mot *dicté* soit équipollent à celui *écrit*, » toutes les fois qu'il n'est question que de » savoir, comme en l'espèce, si c'est par le » testateur lui-même ou par une autre per- » sonne quelconque que le Testament a été » *écrit*; car il est de la nature et de l'essence » de l'acte de dicter, qu'il y ait quelqu'un qui » écrive, et que l'écrivain soit tout autre que » celui qui dicte (2) ».

XVII. Il s'est élevé plusieurs questions sur la partie de l'art. 976 du Code civil dans laquelle il est dit que l'acte de suscription sera *écrit sur le papier* que le testateur aura déclaré contenir son Testament, *ou sur la feuille qui servira d'enveloppe*.

1°. Si l'acte de suscription était écrit sur une feuille séparée tout à la fois, et de celle qui contient le Testament et de celle qui lui sert d'enveloppe, le Testament serait-il nul?

Comment ne le serait-il pas d'après la disposition générale de l'art. 1001, qui frappe de nullité les *divers Testamens*, dans lesquels n'auront pas été observées les formalités auxquelles les précédens articles les assujétissent effectivement?

On a cependant prétendu le contraire au sujet du Testament mystique que Pierre Magnanini avait laissé en mourant.

Ce Testament avait été présenté par le testateur à un notaire et à six témoins. Le notaire avait écrit sur l'enveloppe les mots *Testament du chanoine Magnanini*, les avait fait signer par le testateur et les témoins et les avait signés lui-même; puis, il y avait fait apposer le cachet de chacun d'eux; enfin, il avait dressé l'acte de suscription sur une feuille séparée.

Quoique tout cela fût d'une irrégularité monstrueuse, Thérèse Bergonzi, héritière instituée, n'a pas laissé de soutenir que le Testament était valable. Elle a prétendu, *en fait*, que l'acte de suscription avait été commencé sur l'enveloppe, et que la longueur en avait seule empêché qu'il n'y fût écrit tout entier; que la preuve en résultait de l'intitulé de l'enveloppe même; qu'ainsi, ce qui avait été écrit sur la feuille séparée, n'était que la suite de ce que contenait l'enveloppe et en faisait nécessairement partie; et *en droit*, qu'il n'en était pas des formalités propres au Testament comme de celles de l'acte de suscription: qu'à la vérité, l'inobservation des premières emportait nullité; mais que celle des secondes ne pouvait donner qu'une action contre le notaire qui les avait omises.

Un pareil système ne pouvait pas être accueilli. Aussi, par arrêt du 5 pluviôse an 13, la cour d'appel de Turin a-t-elle déclaré ce Testament nul,

« Attendu qu'on ne peut douter que l'acte de présentation et de suscription du Testament mystique dont il s'agit, n'ait été entièrement couché sur une feuille de papier séparé de celui qui contenait le Testament même;

» Que, quoique sur l'enveloppe qui contenait le Testament, et qui a été présentée close et scellée, se trouvent les mots *Testament du chanoine Pierre-Magnanini*, et les signatures du testateur et des témoins, cependant ces mots et ces signatures toutes seules ne peuvent point suppléer à l'acte de suscription que le notaire a réellement couché et signé à part;

» Qu'on ne peut pas même soutenir que ces mots et ces signatures forment une partie de l'acte de suscription, et que la partie qui en a été couchée sur un papier séparé, soit une continuation du même acte, puisqu'il suffit de lire l'acte de souscription dressé à part, pour voir qu'il fut commencé et terminé séparément, et que les signatures que l'on trouve

(1) Jurisprudence de la cour de cassation, tome 18, partie 2, page 458.

(2) *Ibid.*, tome 6, partie 2, page 259.

sur l'enveloppe, n'y furent apposées que vers la fin de l'acte, et sur la supposition erronnée qu'elles pussent donner une plus grande authenticité au Testament;

» Que le motif tiré par l'appelante, de l'impossibilité matérielle de comprendre par entier l'acte de suscription sur le dos de l'enveloppe, ne subsiste point en fait, puisqu'au lieu de faire remplir le papier de scelles inutiles, le notaire aurait dû y coucher l'acte voulu par la loi, et ce par le moyen d'une formule courte et claire;

» Attendu, en point de droit, que la contravention à la disposition littérale de l'art. 976 du Code civil, étant ainsi constatée en l'espèce, l'application au Testament dont il s'agit, de la peine de nullité portée par l'art. 1001, en est une conséquence nécessaire; que la distinction mise en avant par l'appelante, entre les formalités relatives au Testament et celles relatives à l'acte de suscription, n'est pas recevable, soit parcequ'il serait contraire à l'office des juges de distinguer là où la loi ne distingue point, soit parcequ'il est évident que le but de la loi, en appliquant à toutes les contraventions qui lui seraient faites, une seule sanction pénale, savoir, celle de la nullité des Testamens, a été de les frapper toutes également et sans distinction, de la même peine;

»Que, quelle que soit la faveur dont les dernières volontés doivent jouir, cependant elle ne doit pas porter atteinte au maintien des formalités que la loi reconnait de rigueur, et qui forment la sauvegarde des Testamens et des actes publics (1) ».

2°. Est-il nécessaire d'exprimer dans l'acte de suscription, qu'il est écrit, soit sur le papier contenant le Testament, soit sur la feuille qui lui sert d'enveloppe?

La loi ne l'exige pas, et comment serions-nous plus rigoureux qu'elle, surtout à l'égard d'une formalité qui n'est rien moins que *fugitive*, et dont l'observation est prouvée matériellement par la pièce même sur laquelle est écrit l'acte de suscription? Et vainement dirait-on que l'art. 976 n'exige pas non plus expressément qu'il soit fait mention, soit de la présentation du Testament mystique au notaire et aux témoins par le testateur, soit de la déclaration que le testateur leur a faite de l'avoir écrit ou fait écrire par une main étrangère et de l'avoir signé; et que cependant il n'est pas douteux que l'absence de cette mention n'emporte nullité. Cette objection porterait évidemment à faux, puisque la nécessité de la mention de ces deux formalités résulte clairement, comme on l'a déjà remarqué, des termes de l'art. 976 lui-même, *le notaire* EN *dressera l'acte de suscription*; au lieu que cet article ne prescrit, ni en termes exprès, ni d'une manière implicite, la mention de celle dont il s'agit.

C'est ainsi, au surplus, que la question a été jugée dans l'espèce suivante.

Le 27 pluviôse an 13, le sieur Benenati, notaire, présente au président du tribunal de première instance d'Asti, un Testament mystique fait par Charles Amédée Pistone, et revêtu d'un acte de suscription en date du 10 messidor an 11; et ce magistrat dresse, de l'une et de l'autre pièce, un procès-verbal dont la rédaction inexacte paraît faire entendre que l'acte de suscription est écrit sur une feuille séparée du Testament et de l'enveloppe.

Sur la foi de ce procès-verbal, il intervient, en première instance, le 16 août 1809, un jugement qui déclare le Testament nul.

En appelant de ce jugement, les légataires soutiennent que l'acte de suscription est écrit sur l'enveloppe du testament; et pour le prouver, ils demandent l'apport des minutes déposées entre les mains du notaire en vertu de l'ordonnance du président.

L'héritier légitime s'oppose à cet apport, et prétend, entr'autres choses, qu'il suffit que l'acte de suscription ne fasse pas mention qu'il est écrit, soit sur le Testament, soit sur l'enveloppe, pour qu'il y ait nullité.

Mais par arrêt du 7 juin 1810,

« Considérant que la rédaction de l'acte de suscription à faire par le notaire sur le papier qui renferme le Testament mystique, ou sur la feuille qui sert d'enveloppe, en conformité de l'art. 266 de la loi du 13 floréal an 11, adopté par l'art. 976 du Code civil, est un fait visible et permanent sur la preuve duquel la loi n'a attaché aucune solennité de rigueur; que, d'après l'art. 296 de la même loi, et aujourd'hui 1007 dudit Code, le président du tribunal de première instance demeure chargé de dresser procès-verbal de la présentation, de l'ouverture et de l'état des Testamens mystiques qui lui sont présentés avant que d'être mis à exécution, sans pourtant que l'inexactitude de ce procès-verbal entraîne la nullité du Testament; que le procès-verbal étant rédigé après le décès du testateur et sans l'intervention de l'héritier testamentaire, jusqu'alors inconnu, c'est avec la plus juste clairvoyance que les législateurs n'ont pas voulu faire dépendre la validité du Testament, des équivoques qui pourraient se glisser dans la rédaction du procès-verbal ci-dessus....;

» La cour (d'appel de Gênes), avant faire

(1) *Ibid.*, tome 5, partie 2, page 526.

droit, ordonne que l'original de l'acte de suscription du Testament mystique de feu Charles-Amédée Pistone, et tout ce qui sera accessoire et relatif, sera présenté dans le délai d'un mois (1) ».

Le principe sur lequel est fondé cet arrêt, se retrouve encore dans celui qui prononce sur la question suivante.

3° Un Testament mystique est-il nul, par cela seul que le notaire qui en a dressé l'acte de suscription, y a déclaré l'avoir écrit sur le papier contenant le Testament, tandis que, dans le fait, il l'a écrit sur l'enveloppe?

Un arrêt de la cour d'appel de Bruxelles, du 9 août 1808, a jugé que non,

« Attendu que l'art. 976 du Code civil, pour la validité d'un Testament mystique, exige, relativement au notaire, que celui-ci dresse l'acte de suscription, qui sera écrit sur le papier sur lequel le Testament est couché, ou sur la feuille qui servira d'enveloppe;

» Qu'il n'est aucunement ordonné que le notaire exprime sur laquelle de ces deux pièces la suscription est faite;

» Que, dans le cas, la suscription est faite sur l'enveloppe;

» Que la fausse énonciation du notaire, qui n'était pas nécessaire pour la validité du Testament mystique, ne peut vicier le Testament pour lequel d'ailleurs toutes les solennités sont observées (2) ».

4° Est-il nécessaire que l'acte de suscription, lorsqu'il n'est pas écrit sur le Testament, le soit sur la partie de la feuille servant d'enveloppe, qui couvre le Testament même; et y a-t-il nullité, s'il est écrit sur la partie restante de cette feuille?

Cette question se résoud par le principe qu'il ne faut pas être plus rigoureux que la loi. Que veut l'art. 976 du Code civil? Que l'acte de suscription soit écrit, ou sur le Testament, ou *sur la feuille qui servira d'enveloppe*, et rien de plus. Le vœu de la loi est donc rempli, dès que c'est sur une partie quelconque de la feuille servant d'enveloppe, qu'est écrit l'acte de suscription.

Dans l'espèce de l'arrêt de la cour d'appel de Turin, du 5 décembre 1806, rapporté ci-dessus, n° 14, l'héritier légitime attaquait encore le Testament dont il s'agissait, sous le prétexte que la partie de la feuille destinée à servir d'enveloppe, était pliée en deux, que le Testament n'était enveloppé que par l'une des parties de cette feuille, et que c'était sur l'autre partie que l'acte de suscription était écrit. Mais par l'arrêt cité, ce moyen de nullité, que le premier juge avait accueilli, a été rejeté,

« Attendu que l'art. 976 du Code civil, en ordonnant que l'acte de suscription sera écrit sur le papier qui contient le Testament, ou sur la feuille qui servira d'enveloppe, ne prescrit aucun mode précis dans lequel le Testament doit être plié ou l'enveloppe formée; ledit article, au surplus, en ordonnant que le papier qui servira d'enveloppe soit clos et scellé, n'a pas même ordonné que la feuille entière du papier sur laquelle est écrit l'acte, doive servir d'enveloppe;

» Qu'il suffit à la loi que le papier formant l'enveloppe, soit clos et scellé, et que l'acte soit écrit sur la même feuille formant l'enveloppe;

» Qu'en l'espèce, la simple lecture de l'acte de suscription ne laisse point douter qu'un tel acte est écrit sur la même feuille dans laquelle est enveloppé le Testament, et que la partie de la même feuille servant d'enveloppe, est close et scellée;

» Qu'en vain le demandeur prétendrait que la feuille qui sert d'enveloppe, est distincte de celle où est écrit l'acte, par le motif que la feuille se trouve pliée en deux, et que tandis qu'une seule moitié a été employée à servir d'enveloppe, l'autre moitié sur laquelle est écrit l'acte, est restée libre; car il est toujours constant que la feuille de laquelle on s'est servi aux deux usages, est une seule, et que, si une moitié d'icelle ne fut point employée à servir d'enveloppe, elle n'est cependant point séparée de l'autre moitié, avec laquelle elle forme une seule feuille de 50 centimes; ce qui, d'après l'art. 8 de la loi du 13 brumaire an 7, relative au droit de timbre, ne peut être mis en doute;

» Qu'en ces circonstances, quoique l'on pût désirer que le testateur, en formant l'enveloppe qu'il a présentée lui-même close et scellée au notaire, se fût servi d'un mode plus simple et plus généralement reçu, on ne peut cependant point y trouver une contravention à la loi dont la lettre a été observée »,

La même chose a été jugée à la cour d'appel de Gênes, par suite de l'arrêt interlocutoire du 7 juin 1810, qui est rapporté ci-dessus (2°).

Le Testament de Charles-Amédée Pistone ayant été apporté, en exécution de cet arrêt, au greffe de la cour, il a été reconnu que l'acte de suscription avait été écrit, non pas précisément sur la partie de la feuille destinée à servir

(1) *Ibid.*, tome 11, page 174.

(2) Décisions notables de la cour d'appel de Bruxelles, tome 15, page 213.

d'enveloppe, et qui effectivement enveloppait le Testament, mais sur une autre partie de la même feuille.

L'héritier légitime n'en a pas moins persisté à soutenir que le Testament était nul. « Si les » notaires (a-t-il dit) avaient la faculté d'écrire » la suscription des Testamens mystiques sur » un papier qui ne serait pas une partie es- » sentielle de l'enveloppe, il en résulterait » que ce papier pourrait être d'une telle éten- » due qu'on pourrait la détacher de l'enve- » loppe, et s'en servir pour couvrir un second » Testament, sans qu'il fût néanmoins possi- » ble aux juges de découvrir cette fraude. Or, » il suffit qu'un Testament soit préparé de » manière à pouvoir être altéré ou détruit » contre la volonté du testateur, pour que » les tribunaux doivent en prononcer la nul- « lité ».

Mais par arrêt du 29 novembre 1810, le Testament a été déclaré valable,

« Attendu que la loi ne dit pas que le dépôt » (l'acte de suscription) sera écrit sur l'enve- » loppe, mais bien sur la feuille qui sert d'en- » veloppe; et ainsi, rien n'empêche que cette » même feuille ne puisse servir à deux usages, » savoir, qu'une partie de la même feuille » serve à envelopper le Testament, et l'autre » partie à coucher l'acte de dépôt; car la loi, » dans ce cas, sera toujours remplie (1) ».

XVIII. L'acte de suscription est-il nul, à défaut de mention qu'il a été lu au testateur et aux témoins?

Non. Le notaire qui omet cette mention, encourt bien, aux termes de l'art. 13 de la loi du 25 ventôse an 11, sur le notariat, la peine d'une amende de 100 francs; mais, d'une part, cet article n'est pas compris par l'art. 68, dans la nomenclature de ceux dont l'inobservation emporte nullité; et de l'autre, l'art. 976 du Code civil n'exige pas, pour l'acte de suscription du Testament mystique, comme l'art 972 exige pour le Testament notarié, qu'il en soit fait lecture au testateur en présence des témoins. L'acte de suscription du Testament mystique rentre donc, à cet égard, dans la règle commune à tous les actes notariés.

XIX. 1°. Peut-on, dans l'acte de suscription fait à la campagne, d'un Testament mystique, employer pour témoins des personnes qui ne savent ou ne peuvent pas signer?

2°. Peut-on y employer comme témoin, une personne au profit de laquelle le Testament contient des dispositions?

3°. Le peut-on, si c'est cette personne même qui a écrit le Testament?

Sur la première de ces questions, *V.* l'article *Témoin intrumentaire*, §. 2, n° 3-23°.

La seconde question a été résolue affirmativement comme on peut le voir au mot *Légataire*, §. 2, n° 19, par l'art. 975 du Code civil, et elle l'était dans le même sens par l'art. 43 de l'ordonnance de 1735.

Sur la troisième question, *V.* le n° suivant.

XX. Que le notaire qui a écrit le Testament comme simple scribe et personne privée, puisse en recevoir la suscription en sa qualité d'officier public, c'est ce qui résulte de la maxime, *tout ce qui n'est pas défendu par la loi, est permis.* C'est d'ailleurs ce qu'a jugé l'arrêt de la cour de cassation, du 8 avril 1806, rapporté ci-dessus, n° 3.

Mais si le Testament qu'il a écrit comme personne privée, contenait quelque disposition en sa faveur, pourrait-il en recevoir l'acte de suscription comme officier public?

Si l'on s'en tenait là-dessus au droit romain, c'est-à dire, au sénatus-consulte Libonien, rapporté au mot *Légataire*, §. 2, n° 20, la disposition que le notaire aurait écrite lui-même en sa faveur, serait nulle, à moins qu'elle n'eût été spécialement approuvée par le testateur; mais l'acte de suscription n'en serait pas moins valable, et par conséquent les autres dispositions du Testament n'en auraient pas moins leur plein effet.

En est-il de même sous le Code civil?

Un jugement du tribunal de première instance de Marvejols, du 26 août 1818, avait adopté l'affirmative sur l'un et l'autre point.

Il avait d'abord déclaré nul le legs fait au sieur Benoit, notaire, par le Testament mystique d'Etienne Lafont, en date du 4 février 1815, qui était écrit de la main de cet officier, « attendu que l'ancienne jurisprudence répu- » tait nulle ou non écrite toute disposition » que l'écrivain du Testament y avait écrite » en sa faveur, à moins que le testateur ne » l'eût spécialement approuvée lui-même de » sa main; que le silence du Code civil sur ce » cas, n'est pas une raison de croire qu'il ait » dérogé ou entendu déroger à cette jurispru- » dence bien moins fondée sur des lois posi- » tives, que sur cette règle du droit naturel: » nul ne peut se faire un titre à soi-même; que, » s'il en était autrement, il faudrait dire que » le Code civil validerait, en ce cas, l'institu- » tion universelle, aussi bien que le simple » legs, et il serait alors encore plus vrai de

(1) Jurisprudence de la cour de cassation, tome 11, partie 2, page 177.

» dire que la loi aurait pris moins de précau-» tion pour faire valoir la disposition testa-» mentaire de tous ses biens, qu'elle n'en a » pris pour faire valoir un billet de quelques » centimes, ce qui est absurde »;

Et en même temps, sans s'arrêter au moyen de nullité que les héritiers légitimes prétendaient tirer, contre l'acte de suscription reçu par le même notaire, de l'art. 8 de la loi du 25 ventôse an 11 (portant, sous la peine de nullité prononcée par l'art. 68 de la même loi, que les notaires ne peuvent recevoir des actes qui contiendraient quelque disposition en leur faveur), il avait déclaré valables toutes les autres dispositions du Testament mystique,

« Attendu que la loi autorisant le testateur à employer la main de qui il juge à propos pour écrire ses volontés, et que la nullité du legs écrit en faveur de l'écrivain, n'intéressant que l'écrivain, comme écrivain, ne saurait influer sur le sort du Testament en lui-même, ni sur le sort des autres dispositions y contenues;

» Attendu que le Testament et l'acte de suscription sont deux actes distincts, ayant chacun sa forme particulière; que celle du Testament étant régulière, il ne faut plus qu'examiner si celle de l'acte de suscription l'est aussi;

» Attendu que la nullité opposée à ce dernier acte, est fondée sur ce que le notaire qui l'a reçu, est le même qui a écrit le Testament, et y a écrit un legs en sa faveur, et qu'en sa qualité de légataire, il était incapable de recevoir un acte de suscription, par la double raison qu'il ne pouvait instrumenter pour lui-même, ni être témoin du Testament qui le faisait légataire; mais qu'à cet égard, il est certain, en droit, que la loi ne défend nulle part à un notaire qui a écrit un testament mystique, d'en recevoir ensuite l'acte de suscription; que, d'un autre côté, il est également certain, en droit, que, comme les lois anciennes, le Code civil ne défend aux légataires d'être témoins que dans les Testamens par acte public, non dans les actes de suscription des Testamens mystiques; que la loi ne distingue pas entre les témoins qui ont connaissance des dispositions contenues aux Testamens, et ceux qui les ignorent; qu'elle n'exclud pas même le témoin légataire, qui aurait écrit le Testament, parceque sa qualité d'écrivain n'ajoute rien à celle de légataire instruit du contenu au Testament; que ce n'est donc pas une nullité que la présence d'un témoin légataire, fût-il même l'écrivain du Testament; et qu'ainsi, ce n'en est pas une non plus, que le notaire, légataire, et écrivain du Testament, reçoive l'acte de suscription; car il y a parité de raison, dans le silence de la loi, pour la capacité du notaire légataire et du témoin légataire ».

Ce jugement était inexpugnable quant à son second chef; aussi les héritiers légitimes en ont-ils vainement appelé; il a été confirmé par arrêt de la cour royale de Nismes, du 21 février 1821.

Mais le sieur Benoît l'a attaqué avec succès dans le premier chef; et la même cour l'a réformé en ce point,

« Attendu que le Testament qui donne lieu à la contestation, porte la date du 4 février 1815; que, peu de jours après cette date, Étienne Lafont, testateur, est décédé; qu'ainsi, la législation nouvelle et notamment *le Code civil dans lequel le législateur a réglé ce qui est relatif aux Testamens mystiques* doit servir de base à la solution des questions que la cause présente;

» Attendu que ce ne fut pas en sa qualité de notaire que Benoît écrivit le Testament d'Étienne Lafont, puisque la présence d'un fonctionnaire public n'était pas exigée pour le rendre valable; mais que ce fut en celle d'un simple particulier qu'il dut être appelé par le testateur pour écrire ses dernières volontés;

» Attendu que les dispositions de la loi du 25 ventôse de l'an 11 ne sont applicables qu'aux actes reçus par les notaires, en leur qualité de fonctionnaires publics; qu'ainsi, elles ne peuvent recevoir leur exécution sur les difficultés élevées contre la validité d'un Testament mystique;

» Attendu qu'il résulte des termes de l'art. 976 que, lorsque le testateur voudra faire un Testament mystique, il sera tenu de signer ses dispositions, soit qu'il les ait écrites lui-même, soit qu'il les ait fait écrire; qu'il est établi par les faits de la cause, que le Testament du 4 février 1815, écrit par Benoît, est revêtu de la signature d'Étienne Lafont;

» Attendu que la suscription est un acte distinct et séparé du Testament, qui n'a d'autre efficacité que celle d'imprimer à une disposition de dernière volonté l'authenticité suffisante pour son exécution, en constatant son identité avec le papier remis par le testateur;

» Attendu que cet acte n'est pas du nombre de ceux qui font l'objet de l'art. 8 de la loi du 25 ventôse de l'an 11, puisque Benoît n'y est pas partie intéressée, et que l'acte ne renferme aucune disposition en sa faveur;

» Que les dispositions pénales ne doivent être appliquées qu'aux cas qui sont spécialement prévus par la loi;

» Que le Code civil ne prononce pas la peine

de nullité contre un acte de suscription apposé à un Testament mystique, et reçu, par un notaire en faveur duquel le Testament contient une libéralité ; qu'ainsi, il y a lieu de confirmer, sous ce rapport, le jugement du tribunal de Marvejols, et qu'il y a lieu d'ordonner que la disposition du Testament attaqué relative au legs fait en faveur de Benoit, sortira son plein et entier effet (1) ».

Cet arrêt est trop bien motivé pour ne pas faire jurisprudence. Il est d'ailleurs conforme à la doctrine professée par M. Touillier, tome, 5, n° 467 : « on demande (dit ce jurisconsulte) » si le notaire, après avoir écrit comme per» sonne privée, un Testament qui contient des » dispositions en sa faveur, peut recevoir l'acte » de suscription ? Aucune loi ne le défend. Et » suivant le principe que la loi valide ce qu'elle » n'annulle pas, cette circonstance ne peut » suffire pour annuler un Testament ; car on » ne peut suppléer des nullités que la loi ne » prononce pas. Il est même très possible que » les légataires ou le notaire qui ont écrit un » Testament, ignorent ce que contient celui qui » leur est présenté ; car le testateur peut en » avoir substitué un autre à celui qu'il avait » dicté ».

L'opinion contraire est cependant soutenue par l'auteur des *annotations critiques sur le traité du droit civil français de M. Touillier*, imprimées à Gand.

Suivant cet auteur, « la question n'est pas » s'il y a isolément un acte de suscription va» lide ; il s'agit de savoir s'il y a un Testament. » Or, il n'y a de Testament en forme mystique, » que pour autant que l'expression de la vo» lonté dernière soit accompagnée de l'acte » de suscription. Ce sont les deux parties » constitutives, intégrantes, inséparables du » Testament mystique ; par conséquent l'offi» cier public qui instrumente, concourt es» sentiellement avec le testateur, à la forma» tion de l'acte testamentaire. Il reçoit donc » réellement un acte qui doit former un do» cument légal de la volonté dernière du tes» tateur. Peu importe que les dispositions lui » en soient inconnues ; l'art. 8 de la loi du 25 » ventôse an 11 ne distingue pas. Ce n'est » pas surtout dans une matière si fertile » en abus, qu'il pourrait être permis de le » faire ».

Avec cette manière de raisonner, on pourrait, ou devrait même aller beaucoup plus loin que l'auteur cité. On devrait déclarer nul le Testament mystique contenant un legs au profit du notaire qui a reçu l'acte de suscription, non-seulement lorsque c'est le notaire lui-même qui a écrit le Testament, mais même lorsque le Testament a été entièrement écrit de la main du testateur. On devrait faire plus encore : on devrait déclarer nul tout Testament mystique dans l'acte de suscription duquel intervient, comme témoin, un légataire institué par le Testament même, n'importe de quelle main le Testament soit écrit ; car le ministère des témoins instrumentaires n'est pas moins nécessaire à l'authenticité de l'acte de suscription, que ne l'est celui du notaire ; si donc le notaire qui reçoit l'acte de suscription d'un Testament mystique dans lequel est écrit un legs fait à son profit, est censé, par là même, recevoir un acte qui contient une disposition en sa faveur, et s'il est, dès-lors en contravention à l'art. 8 de la loi du 25 ventôse an 11, il faut nécessairement dire aussi que le légataire qui intervient dans l'acte de suscription du Testament mystique contenant son legs, est, par la-même censé co-opérer à l'authenticité d'un acte qui l'intéresse personnellement, et que, par là, cet acte encourt, à plus forte raison, la nullité dont il serait frappé aux termes des art. 9, 10 et 14 de la loi du 25 ventôse an 11, s'il intéressait un *proche parent de l'un des témoins instrumentaires*.

Or, il est impossible de douter, d'après l'art. 975 du Code civil, que le légataire institué par un Testament mystique, ne puisse être témoin dans l'acte de suscription.

Donc, l'acte de suscription n'est pas censé contenir, quant aux témoins qui y interviennent, les legs que le Testament mystique contient à leur profit.

Donc il n'y a point de raison pour qu'il soit davantage censé contenir, quant au notaire qui le reçoit, la disposition qui se trouve en faveur de cet officier dans le Testament mystique.

Donc rien n'empêche le notaire à qui est fait un legs par le Testament mystique qu'il n'a pas écrit, d'en recevoir valablement l'acte de suscription.

Et pourquoi en serait-il autrement dans le cas où c'est le notaire qui a écrit le Testament mystique ? Le legs ne pourrait, en ce cas, être déclaré nul qu'en vertu du sénatus-consulte Libonien ; mais ce sénatus-consulte est incontestablement abrogé par le silence que garde sur ses dispositions, le titre *des donations et Testamens* du Code civil, et cela résulte clairement de l'art. 7 de la loi du 30 ventôse an 12.

(1) Jurisprudence de la cour de cassation, tome 21, partie 2, page 274.

XXI. On trouvera sous les mots *Sourd-muet*, le développement de l'art. 979 du Code civil, concernant la manière dont peut tester dans la forme mystique, le testateur *qui ne peut parler, mais sait écrire.*

XXII. Sous l'empire de l'ordonnance de 1735, un Testament mystique devenait-il caduc, après la mort du testateur, soit pour avoir été ouvert en présence d'un notaire, soit pour l'avoir été hors la présence de quelques-uns des témoins qui avaient assisté à l'acte de suscription?

Cette question est traitée dans les conclusions du 6 ventôse an 13, rapportées ci-dessus, n° 13, et jugée négativement par l'arrêt de la cour de cassation, du 8 avril 1806, que l'on peut voir au même endroit.

XXIII. Un Testament mystique devenait-il caduc, sous l'empire de l'ordonnance de 1735,

Lorsqu'au lieu d'être ouvert à l'audience, il l'était au greffe,

Lorsque la minute n'en était ni paraphée ni transcrite dans le procès-verbal d'ouverture,

Lorsque les juges de la juridiction étant absens ou empêchés, l'ouverture s'en faisait devant le plus ancien gradué du lieu,

Enfin, lorsque le greffier n'avait signé, ni l'ordonnance rendue par le juge pour l'ouverture, ni le procès-verbal de l'ouverture du Testament?

Ces questions se sont présentées dans l'espèce rappelée ci-dessus, n° 11.

La dame Desmoutiers étant morte le 12 octobre 1790, le notaire qui avait reçu l'acte de suscription de son Testament, en requit l'ouverture. C'était le temps des vacances; tous les juges de la sénéchaussée de Beaujolais étaient absens. Le sieur Pein, avocat du lieu, premier en ordre, tint le siége faisant les fonctions de lieutenant-général. Le sieur Girardot, aussi avocat, qui le suivait dans l'ordre du tableau, remplit les fonctions de procureur du roi. Le premier rendit, sur les conclusions du deuxième, une sentence qui donna acte au notaire de sa réquisition. Et le lendemain, après avoir reçu l'affirmation des témoins, ils procédèrent, dans le greffe, à l'ouverture du Testament.

En demandant la nullité de cet acte, les héritiers *ab intestat* de la dame Desmoutiers se fondaient, indépendamment du moyen rappelé ci-devant, n° 7, 1° sur ce qu'il avait été procédé à l'ouverture du Testament, non devant des juges, mais devant deux avocats; 2° sur ce que l'ouverture avait été faite, non à l'audience, mais au greffe; 3° sur ce que l'ordonnance et le procès-verbal d'ouverture n'avaient pas été signés par le greffier; 4° sur ce que le Testament n'avait été ni paraphé par l'avocat faisant fonctions de juge, ni transcrit dans son procès-verbal d'ouverture.

Ces moyens, rejetés successivement par le tribunal civil de l'arrondissement de Villefranche et par la cour d'appel de Lyon, ont été reproduits devant la cour de cassation.

Mais, par l'arrêt cité au n° 1, la cour de cassation les a également repoussés,

« Attendu, sur le second moyen, tiré de l'art. 79 de l'ordonnance de 1735, qu'à l'époque de l'ouverture du Testament, l'usage de tous les tribunaux du royaume était qu'en cas d'absence des juges, ils étaient remplacés par les plus anciens gradués; et que des motifs de l'arrêt attaqué il résulte qu'en effet tous les juges de la sénéchaussée étaient absens;

» Attendu, sur le troisième moyen, tiré de l'art. 47 de la même ordonnance, qu'il n'est pas nécessaire qu'une simple ordonnance soit signée par le greffier; qu'aucune loi n'ordonne que les Testamens mystiques seront ouverts à l'audience, ni que la minute de ces Testamens sera paraphée ».

XXIV. Les inexactitudes qui, dans le procès-verbal d'ouverture d'un Testament mystique, peuvent se glisser dans la description de l'état matériel de l'acte, nuisent-elles à sa validité?

Dans l'espèce rapportée ci-dessus, n° 17-2° et 4°, l'héritier légitime de Charles-Amédée Pistone soutenait que l'acte de suscription avait été écrit sur une feuille séparée tant du Testament même que de l'enveloppe qui en formait la clôture; et pour le prouver, il se prévalait de ce que, dans le procès-verbal d'ouverture, il était dit par le président du tribunal de première instance d'Asti, que le notaire avait présenté à ce magistrat *un acte de dépôt* (suscription), *d'un Testament en la forme mystique, en date du 10 messidor an 11, avec un paquet à sept sceaux, qu'il dit contenir le Testament de feu Charles-Amédée Pistone.* Il résultait clairement de là, suivant lui, que le notaire avait présenté deux choses bien distinctes et séparées, le paquet et l'acte de suscription; qu'ainsi l'acte de suscription n'avait pas été écrit sur l'enveloppe du paquet, puisque, s'il l'eût été, il n'y aurait eu que le paquet à présenter.

Le légataire universel répondait que le président du tribunal de première instance s'était mal expliqué dans son procès-verbal, et que cela n'empêchait pas d'en revenir à la vérité, en ordonnant l'apport des minutes.

» Point du tout, répliquait l'héritier légitime;

« du moment que la loi commet une personne » pour l'attestation de quelque fait, les dé» clarations de cette personne font toujours » foi. S'il en était autrement, il s'ensuivrait, » par exemple, que, lorsque les cachets d'un » Testament mystique auraient été brisés, » l'attestation qu'en ferait le président du » tribunal, pourrait être détruite au moyen » de la déposition de quelques témoins, ou de » quelques présomptions, puisque les pré» somptions peuvent, dans certains cas, sup» pléer la preuve testimoniale ».

Ce système a échoué, comme on l'a vu plus haut; un premier arrêt a ordonné l'apport des minutes; et l'arrêt définitif, du 29 décembre 1810, a ordonné l'exécution du Testament, « attendu (entr'autres motifs) qu'il n'y » a nul doute que toutes expressions obscures » ou équivoques employées, soit par le no» taire dans l'acte de suscription, soit par le » président du tribunal de première instance, » dans le procès-verbal d'ouverture, à l'effet » de constater l'accomplissement des formali» tés voulues pour la rédaction du Testament » dont il s'agit, ne sauraient en rien influer sur » sa validité, puisque nulle mention n'en est » exigée par la loi, et que d'ailleurs il s'agit » d'un fait permanent qu'on est toujours à por» tée de vérifier ».

XXV. Un Testament mystique devient-il caduc, si, au lieu d'être, conformément à l'art. 1007 du Code civil, présenté au président du tribunal de première instance, pour en faire l'ouverture et la description en présence de ceux des notaires et des témoins signataires de l'acte de suscription, qui se trouvent sur les lieux, il est ouvert d'autorité privée?

Cette question ne porte point sur le cas où le Testament mystique se trouvant ouvert après la mort du testateur, il est incertain si ce n'est pas le testateur lui-même qui en a fait l'ouverture de son vivant, dans l'intention de le révoquer. Ce point est traité spécialement à l'article *Révocation de Testament*, §. 4, no 2; et il ne s'agit ici que du cas où il est constant que c'est après la mort du testateur que son Testament a été ouvert d'autorité privée.

Mais comme la question ainsi posée, ne porte pas moins sur le Testament olographe que sur le Testament mystique, parceque l'art. 1007 du Code civil les comprend l'un et l'autre dans sa disposition, je me réserve de la traiter ci-après, §. 4, art. 5, no 2.

XXVI. Un Testament mystique devient-il caduc, d'après l'art. 1008 du Code civil, par la prise de possession des biens du défunt, de la part du légataire universel, sans ordonnance préalable du président du tribunal de première instance?

V. ci-après, §. 4, art. 5, no 3.

XXVII. On a déjà vu no 14-5o, une espèce dans laquelle il était prétendu qu'un Testament mystique avait été supposé. En voici une autre dans laquelle on a élevé la même prétention, et qui a été portée au parlement de Paris. Nous la tirons de la *Gazette des tribunaux :*]]

« La veuve Grandjean, domiciliée au bourg de Gibles en Mâconnais, a fait, en mars 1776 un Testament mystique, par lequel elle a institué pour ses héritiers, universels, Jean Grandjean, son fils, et les dames Ducray et Baudinot, ses filles. Par le même acte, elle a donné à Etiennette Ducray, sa petite-fille et sa filleule, un domaine rural, une maison et quelques meubles.

» La testatrice étant décédée le 30 du même mois, il fut procédé à l'ouverture de son Testament, devant le juge du lieu; voici, suivant le procès-verbal d'ouverture, quel était l'état de cet acte : *Sur-le-champ, M. Jacquier* (le notaire qui l'avait en dépôt) *a remis en nos mains un paquet, au dos duquel sont écrits, de la main de M. Jacquier, ces mots :* Testament de madame la veuve Grandjean..... *Nous avons remarqué que le papier sur lequel sont écrits ces mots, forme une petite feuille de papier marqué, cacheté en un seul endroit en cire d'Espagne rouge, d'un cachet que les parties ont reconnu être celui dont se servait la dame Grandjean; que, nonobstant ce cachet, la feuille de papier servant de couverture, pouvait être ouverte, comme nous l'avons effectivement ouverte en présence des parties, sans néanmoins pouvoir en sortir le paquet qui contient ledit Testament, par la raison que M. Jacquier nous a dit, qu'il était arrêté dans l'intérieur de l'enveloppe avec la cire, de façon qu'ayant néanmoins essayé de le sortir sans lever le cachet apposé sur ladite feuille de papier, il est arrivé qu'en le sortant, il a déchiré une petite partie de l'enveloppe dans laquelle il était cacheté.*

» Les sieur et dame Baudinot, et le sieur Grandjean ont demandé la nullité de ce Testament au bailliage de Mâcon. Sur l'appel d'une sentence interlocutoire, cette demande en nullité a été évoquée au parlement de Paris.

» M. Treilhard a défendu Etiennette Ducray. Voici l'analyse de ses moyens :

» Le Testament de la dame Grandjean, a-

t-il dit, est un Testament mystique; le but de l'ordonnance de 1735, art. 9, pour la validité de ces sortes de Testament, est de prévenir la substitution d'un nouvel acte à celui qui a été présenté par le testateur, comme contenant ses dernières volontés : or, la substitution d'un second Testament à celui de la dame Grandjean était impossible, puisque, suivant le procès-verbal d'ouverture, on ne pouvait enlever le premier écrit sans déchirer le papier de l'enveloppe, ou sans briser les cachets. Elle ne pouvait se faire, cette substitution, que de concert avec la testatrice, qui avait signé ses dernières volontés à chaque page. Si elle avait eu intention de changer, il lui était plus naturel de faire un second Testament; il est donc constant que le Testament trouvé sous l'enveloppe et sous l'acte de suscription, lors du procès-verbal d'ouverture, est le même qui fut déposé au notaire, en présence des témoins, par la dame Grandjean.

» M. Hardoin de la Reynerie, qui a défendu le sieur Grandjean et les sieur et dame Baudinot, a posé pour principe, d'après Furgole, *Traité des Testamens*, chap. 2, sect. 3, n°. 22, que, pour connaître si un Testament mystique est clos et scellé comme il doit l'être, il faut examiner s'il est possible de lui en substituer un autre sans altérer le cachet; dans ce cas, il n'y a plus de clôture régulière, on n'est plus obligé de reconnaître, pour les vraies dispositions du défunt, le papier qui se trouve sous cette enveloppe imparfaite; en un mot, il n'y a plus de Testament. Or, l'enveloppe qui contenait le Testament de la dame Grandjean, fermée seulement à l'une des extrémités par le cachet qui l'arrêtait, était ouverte de l'autre : ce qui y était, non pas *inclus*, mais *placé*, pouvait en être tiré sans offenser le cachet unique, et l'on pouvait avec la même facilité y replacer tout autre papier; à la vérité, on a déchiré, dans l'intérieur de la seconde enveloppe, l'endroit sur lequel portait la cire; mais cette légère déchirure n'empêchait pas l'insertion d'un autre paquet et il ne fallait, pour en effacer la trace, qu'attacher ce paquet au même endroit et de la même manière que le premier.

» M. Hardoin a proposé plusieurs autres doutes contre l'identité de ce Testament; M. Treilhard les a détruits dans son mémoire. Rapportons ce qu'il a dit à ce sujet.

» *Ce Testament*, dit-on, *n'a pas été écrit par la testatrice : il a été dicté par elle à deux personnes différentes.* Qu'en résulterait-il? L'ordonnance lui permettait de le faire écrire par qui elle jugerait à propos; elle lui prescrivait seulement de le signer.»

Un legs, ajoute-t-on, *se trouve porté dans un renvoi;* qu'en résulte-t-il encore? La dame Grandjean a expressément approuvé le renvoi.

» *Le Testament n'est pas écrit sur du papier marqué.* Qu'importe? Aucune loi ne l'exige.

» *La testatrice, en le remettant au notaire en présence des témoins, a déclaré qu'il était écrit sur trois pages et le commencement d'une quatrième; et cependant celui qui a été ouvert en présence du juge, est écrit sur trois feuilles et le commencement d'une quatrième.* Qu'importe encore? La testatrice a appelé une page ce qui s'appelle une feuille; c'est une erreur dans laquelle tombent encore quelquefois les personnes peu instruites; elle est indifférente : il est évident au surplus qu'on n'a pu substituer un nouvel acte au premier, et c'est là le point auquel il faut toujours revenir, et qui répond à toutes les objections. On ne pouvait retirer ce premier acte sans briser les cachets, ou sans déchirer le papier de l'enveloppe : or, tous les cachets se sont trouvés sains et entiers au moment de l'ouverture, ainsi que le papier; il n'y avait donc eu aucune substitution, et il ne pouvait pas y en avoir, sans qu'elle fût sensible. C'est donc la volonté constante de la dame Grandjean, testatrice, qui se trouve consignée dans l'acte attaqué par ses deux enfans.

» Arrêt du 12 février 1779, sur les conclusions de M. l'avocat-général d'Aguesseau, qui ordonne l'exécution du Testament, et fait délivrance à Etiennette Ducray, du legs à elle fait».

[[XXVIII. La preuve qu'un Testament mystique a été supposé, résulte-t-elle nécessairement, ou de ce que le testateur ayant déclaré, dans l'acte de suscription, que le Testament était écrit en entier de sa main, il se trouve, dans le papier renfermé sous l'enveloppe, quelques mots écrits d'une main étrangère; ou de ce que le testateur ayant déclaré, dans l'acte de suscription, que le Testament était écrit d'une main étrangère, il se trouve, dans le papier renfermé sous l'enveloppe, quelques mots écrits de sa propre main?

Voici une espèce dans laquelle cette question s'est présentée avec celles qui sont traitées ci-dessus, n°s 11 et 15, avec une autre qui est indiquée aux mots *Appel*, sect. 1, §. 5, n° 11, et §. 8, n° 3; *Déclaration de Jugement commun*, et *Intervention*, §. 1, n° 5.

Le 15 mai 1779, Testament mystique de

Françoise Descayrac, épouse du sieur Pellegrue, par lequel 1° elle institue son mari héritier universel, à la charge de rendre ses biens à celui de ses parens dont il fera choix; 2° elle lui lègue, en toute propriété, sa maison de Lauzerte, avec le mobilier qui la garnit; 3° à défaut de choix de sa part, elle appelle à son hérédité le sieur Berty-Fabry et la dame Combarrieu.

Le même jour, acte de suscription ainsi conçu : « l'an...., devant nous notaire et témoins, a été, en sa personne, dame....; » laquelle, de son bon gré, nous a tout présentement remis son présent Testament clos, » qu'elle a fait écrire par une main à elle affidée, en deux pages et partie de la troisième, » en date de ce jourd'hui, et signé au fond de » chacune d'icelles, avec approbation de l'écriture, et qu'elle l'a lu et relu plusieurs » fois, et ensuite lié avec un ruban blanc, et » cacheté en treize endroits avec de la cire » rouge d'Espagne; voulant qu'il soit gardé » et observé en tous ses points, clauses et conditions, et qu'après son décès, il soit ouvert » par nous notaire ou autre, sans aucune formalité de justice, mais seulement à la réquisition d'un de ses parens; cassant, revoquant et annulant toutes autres dispositions qu'elle pourrait avoir ci-devant faites; voulant qu'il n'y ait que le présent qui » sorte à effet, comme étant sa seule et dernière volonté. Lecture à elle faite du présent mot à mot, a dit contenir sa volonté, » entendant néanmoins se conformer aux ordonnances. Le tout récité en présence des » sieurs...., tous habitans dudit Lauzerte » signés à l'original avec ladite dame et » nous.... ».

Le 17 octobre 1792, décès de la testatrice.

Son mari meurt deux jours après, sans avoir fait d'élection.

Quelque temps après, la dame Combarrieu, l'une des appellées à l'hérédité de la dame Pellegrue, à défaut de choix, de la part de son mari, meurt aussi laissant deux enfans dont l'aîné est émigré.

Le 16 messidor an 6, la dame Disses, héritière légitime de la dame Pellegrue, forme, contre le sieur Berty-Fabry et le sieur Combarrieu cadet, une demande en nullité du Testament mystique du 15 mars 1779.

Le 11 germinal an 8, jugement du tribunal civil de Montauban, qui ordonne que le préfet du département du Lot sera mis en cause, à raison de l'intérêt que l'Etat peut y avoir, du chef de l'émigré Combarrieu aîné.

Le 8 août 1806, jugement définitif qui déclare le Testament nul,

« Attendu, dans le fait, 1° que l'acte de suscription du Testament de la dame Pellegrue est conçu en ces termes : *a été, en sa personne, dame Françoise Descayrac-Devignols, épouse de Mathurin-Joseph Pellegrue, laquelle, de son bon gré, nous a tout présentement remis son présent Testament clos, qu'elle a fait écrire par une main affidée;*

2° Qu'il résulte de ces expressions, littéralement copiées de l'acte de suscription, que ce ne fut pas la testatrice qui déclara qu'elle avait fait écrire son testament par une main à elle affidée, qu'elle l'avait approuvé et signé; que ce fut le notaire, et le notaire seulement, qui fit cette déclaration;

3° Qu'on ne trouve pas non plus, dans l'acte de suscription, un seul mot qui annonce que la testatrice présenta son Testament aux témoins; que le notaire y dit seulement, en parlant en son nom propre, *laquelle, de son bon gré, nous a tout présentement remis son présent Testament clos*, sans ajouter que ce Testament a été en même temps *présenté ou remis aux témoins présens;*

» Attendu, dans le droit, 1° que ces deux omissions présentent une violation manifeste de l'ordonnance de 1735, et des lois antérieures qu'elle a voulu maintenir quant à ce; qu'en effet, l'art. 9 de cette ordonnance porte que le testateur *présentera* son Testament, ainsi clos et scellé, *à sept témoins* au moins, compris le notaire ou tabellion, et *déclarera* que le contenu audit papier est son Testament, écrit et signé de lui, ou écrit par un autre et signé de lui; que ledit notaire en dresser a l'acte de suscription;

» Que la loi *hâc consultissimâ*, C. *de Testamentis*, exige la *présentation* du Testament clos, *aux témoins*, en ces termes : *consignatam vel ligatam, vel tantùm clausum involutamque proferre scripturam eamque rogatis testibus septem numero simul offerre signandam et subscribendam;* qu'ici l'acte de suscription ne mentionne en aucune manière cette présentation, qui devait être faite *aux témoins*; qu'à l'égard de la déclaration qu'aurait dû faire la testatrice, qu'elle avait fait écrire son Testament, la même loi *hâc consultissimâ* porte : *dum tamen testibus præsentibus testator suum esse Testamentum dixerit quod offertur;* qu'Ulpien, tit. 20, *de Testamentis*, décrit la formule dont le testateur devait se servir en présentant son Testament au notaire et aux témoins : *tabulas Testamenti testator tenens, ità dicit, hæc uti his tabulis cartis-ve scriptæ sunt, ità do, ità lego, ità testor;* qu'il fallait donc, d'après ces lois, que le testateur *parlât*, qu'il *décla-*

rât lui-même, de sa propre bouche, et non de celle du notaire; que cette déclaration étant de l'essence de l'acte de suscription, et son objet principal, elle se serait trouvée alors nécessairement mentionnée et attestée par l'acte même, de manière qu'il aurait été parfaitement inutile que le législateur eût ordonné, dans l'art. 9 de l'ordonnance, qu'il en serait fait mention, parcequ'on ne doit pas faire mention de ce qui se trouve déjà mentionné; que tous les commentateurs de l'ordonnance de 1735 ont pensé que la *présentation* du Testament *aux témoins*, et la déclaration immédiate et directe du testateur, étaient strictement nécessaires à peine de nullité; que Sallé, Serres, Furgole, sur l'art. 9 de l'ordonnance, n'ont qu'un même avis sur ce point; que le dernier de ces auteurs s'exprime en ces termes, dans son *Traité des Testamens*, tome 1er, page 78: *il est donc nécessaire, non-seulement que le testateur* déclare *que le papier est son Testament, mais encore qu'il explique s'il l'a écrit et signé en présence, ou bien s'il a été écrit d'autre main et signé de lui, et l'acte de suscription doit en faire mention*; qu'il résulte de ces autorités, que la suscription n'est autre chose que l'acte que donne le notaire au testateur, de la déclaration que celui-ci a faite devant lui et les témoins, que le papier par lui présenté est son Testament, qu'il a écrit lui-même ou fait écrire, et qu'il a signé; que cette déclaration du testateur est donc l'objet de la matière de l'acte de suscription; que c'est elle qui le constitue; que, sous ce rapport, le législateur aurait fait une disposition inutile, s'il eût ordonné qu'après la déclaration et la transcription d'icelle, il serait fait mention qu'elles avaient été faites; qu'il en serait d'une pareille disposition, comme s'il était ordonné, par la loi, que, dans un contrat de vente dont toutes les conventions auraient été écrites et terminées, il serait fait mention expresse que l'objet était vendu; 2° que les arrêts cités par les héritiers testamentaires, sont étrangers à l'espèce; qu'il serait possible, en effet, que, dans certaines hypothèses, l'acte de suscription ait été maintenu, quoique la *déclaration* du testateur ne portât pas strictement sur chacun des points exprimés par la loi, parceque, dès qu'il conste bien clairement que le testateur a fait lui-même la *déclaration* voulue par cette loi, on peut en conclure qu'il a satisfait à l'obligation qui lui était imposée; que l'omission de quelques détails, dans sa déclaration, peut être suppléée par des équipollens; mais qu'il impliquerait évidemment qu'on pût trouver un acte de suscription là où il ne paraîtrait pas (comme dans l'espèce actuelle) que le testateur eût ouvert la bouche ni rien déclaré. Dès qu'il est certain, en effet, que la suscription n'est que l'acte que donne le notaire au testateur de sa *déclaration*, il s'ensuit que, sans déclaration, il est impossible que l'acte en soit donné; que c'est d'après cette vérité que le législateur, dans l'art. 12, a prévu le cas où le testateur serait muet, et comme, dans ce cas, il ne pourrait s'expliquer ou s'exprimer par la parole, l'écriture a dû être alors substituée à la voix, parcequ'elle a pu seule fournir au testateur le moyen d'assurer que sa volonté était contenue dans le papier qu'il présentait; que cette considération fournit une preuve nouvelle qu'il faut une déclaration du testateur, orale ou écrite; que cette déclaration forme la substance et l'objet principal de l'acte de suscription, ou plutôt l'acte lui-même, puisque la fonction du notaire ne consiste qu'à donner acte de ce que le testateur vient de lui déclarer; qu'on ne peut dire que cette déclaration peut être suppléée par des équipollens, qu'il faudrait qu'il parût clairement des termes de l'acte, que la testatrice avait fait réellement la déclaration qui lui était ordonnée, comme si l'acte portait que la testatrice, après avoir présenté son Testament, *avait dit, avait annoncé* que le papier contenait ses dispositions; si, au lieu de faire parler le notaire, on voyait clairement que le notaire ne faisait que transcrire la déclaration de la testatrice, et sous sa dictée; qu'aucun de ces équipollens ne se trouve ici; qu'on ne peut donc admettre l'acte de suscription qu'on a produit, et qu'on doit le considérer, d'après les lois, comme s'il n'y en avait point, ou comme n'étant ni relatif, ni applicable au Testament; 3° que l'art. 47 de l'ordonnance de 1735 a frappé de nullité les contraventions aux dispositions qui concernent la forme des Testamens; que la loi 5, C. *de legibus*, avait déjà déclaré nul, et de nul effet, tout ce qui était contraire à la loi, quand même la loi n'aurait pas prononcé cette nullité, *quamvis legislator non specialiter dixerit inutile esse debere quod factum est*;

» Attendu qu'indépendamment de ces moyens de nullité, le Testament n'en devrait pas moins être cassé, dès que l'acte de suscription porte que le papier remis par la testatrice contient son Testament, *qu'elle a fait écrire par une main* à elle affidée, tandis que, dans le fait, ce Testament se trouve écrit, partie *par la testatrice elle-même*, et partie *par une main étrangère*; qu'il résulte de cette indication, que le Testament qui fut présenté

n'est pas celui que la testatrice voulait remettre ; que, dans ce cas, on ne saurait maintenir un Testament qui n'a point de corrélation ni de vraisemblance avec celui qui est désigné dans l'acte de suscription, et qui, par conséquent, n'est pas le même ; que cette circonstance présente en outre une contravention formelle à l'art. 9 de l'ordonnance de 1735, qui exige que le testateur déclare que le papier qu'il remet, est son Testament, écrit et signé de lui ; que le législateur n'a certainement pas entendu qu'il fût permis, dans le cas où le Testament se trouverait écrit par des personnes différentes, qu'on déclarât faussement qu'il était écrit d'une seule main ; que la déclaration que contient, sur ce point, l'acte de suscription, est un véritable procès-verbal qui doit constater et justifier, avec la plus grande exactitude, l'état du Testament qui se trouve sous l'enveloppe que le testateur présente aux témoins et au notaire ; et cela, afin qu'on ne puisse douter que ce papier est véritablement celui sur lequel le testateur a écrit lui-même, ou fait écrire ses dispositions ; que c'est violer la loi et l'intention bien prononcée du législateur, d'insérer dans ce procès-verbal un fait qui n'est pas vrai, et qui se trouve démenti par l'ouverture, et à la seule inspection du Testament ; qu'il est possible que la dame Pellegrue eût fait deux Testamens, dont l'un était celui qui s'est trouvé sous l'enveloppe, et l'autre, celui qui avait été écrit en entier par une main affidée ; qu'au lieu de remettre ce dernier au notaire, lors de la suscription, on lui remit le premier par mégarde, ou, peut-être encore, à dessein de tromper, par un Testament nul, l'attente de l'avidité des héritiers qui s'étaient fait instituer au préjudice des héritiers naturels ; qu'enfin, c'est un principe sacré, que les formalités des Testamens sont, comme des conditions inviolables, attachées à la faculté de tester ; que leur inobservation fait considérer un Testament comme *non jure factum* ; que la loi dernière, C. *de codicillis*, exige impérieusement qu'un Testament soit parfait *en la forme que le testateur a choisie pour tester* ; que les ordonnances de nos rois, que le Code civil lui-même, ont commandé par exprès cette même observation des formes intrinsèques et extrinsèques des Testamens, à peine de nullité ».

Le 4 septembre suivant, les sieurs Berty-Fabry et Combarrieu appellent de ce jugement.

Le 16 octobre de la même année, la dame Disses fait signifier cet appel, ainsi que le jugement qui en est l'objet, au préfet du département du Lot, avec asssignation à comparaître, dans la quinzaine, devant la cour d'Agen, pour intervenir dans l'instance, et voir déclarer commun avec lui l'arrêt qui doit y statuer.

Le 15 octobre 1807, le préfet du Lot fait signifier à la dame Disses un acte d'appel de ce même jugement.

La cause portée à la cour d'appel d'Agen, la dame Disses conclud à ce que le préfet du Lot, pour avoir interjeté son appel après le délai fatal, y soit déclaré non-recevable.

Le préfet du Lot, sans défendre son acte d'appel, demande d'être reçu à adhérer à celui des sieurs Berty-Fabry et Combarrieu.

Le 6 janvier 1808, arrêt qui, par des motifs inutiles à rappeler, annulle le jugement comme incompétemment rendu, et renvoie les parties devant l'autorité administrative.

Le 9 août 1809, la cour de cassation, sur la demande de la dame Disses, casse cet arrêt, et renvoie les parties devant la cour d'appel de Toulouse.

Le 2 août 1810, arrêt de cette cour, qui pose et décide ainsi les questions résultantes des plaidoiries :

« 1° Le préfet du Lot est-il, ou non, recevable à adhérer à l'appel des sieurs Berty-Fabry et Combarrieu cadet ; et demeurant ladite adhésion, y a-t-il lieu de statuer sur la demande en rejet de l'appel qu'il avait interjeté ?

» 2° Faut-il reformer le jugement attaqué, maintenir le Testament y mentionné, et relaxer les sieurs Berty-Fabry et Combarrieu cadet, et le préfet du Lot, des conclusions contre eux prises par la dame Disses, ou confirmer ledit jugement ?

» Attendu, sur la première question, que la dame Disses, en amenant le préfet du Lot dans l'instance pendante devant la cour d'appel d'Agen, entr'elle et les sieurs Berty et Combarrieu cadet, sur l'appel interjeté par ces derniers envers le jugement du 8 août 1806, lui rendit cet appel commun, et ouvrit par voie de suite, en sa faveur, le droit de s'en aider et servir, et d'y adhérer. La légitimité de ce droit est d'autant plus évidente, que le jugement attaqué n'ayant pas été notifié au préfet du Lot, avant qu'il eût été mis en cause au nom de la dame Disses, le délai, pour en appeler de son chef, n'avait pas commencé de courir pour lui. Aussi l'appel principal qu'il en releva dans la suite, fut, à proprement parler, surabondant ; il lui suffisait, comme il lui suffit, d'adhérer à l'appel préexistant ; d'où il suit qu'en recevant l'adhésion du préfet du Lot, à l'appel des sieurs Berty et Combarrieu cadet, il n'y a pas lieu à s'occuper de la demande en rejet de son appel.

» Attendu, sur la deuxième question que, le premier moyen de nullité proposé contre le Testament dont il s'agit, et qui est pris de ce que, suivant ladite dame Disses, ce Testament ne fut pas présenté par la testatrice, lors de la suscription, manque dans le fait, et que le vœu de l'art. 9 de l'ordonnance de 1735 est parfaitement rempli dans cette suscription; puisqu'il y est dit: *devant nous notaire et témoins, a été, en sa personne...*, *Françoise Descayrac de Vignols, épouse de Mathurin-Joseph de Pellegrue.....; laquelle nous a tout présentement remis son Testament clos.* En effet, l'ordonnance de 1735, ne prescrivant aucune formule, pour constater la présentation du Testament, il suffit qu'elle résulte des termes employés dans l'acte de suscription, et ceux dont le notaire nous s'est servi, emportent nécessairement avec eux l'idée d'une véritable présentation; car on ne peut remettre personnellement un papier ou autre chose quelconque, qu'en même temps on ne le présente.

» Le second moyen que ladite dame a fait consister en ce que la présentation du Testament a été faite taxativement au notaire, à l'exclusion des témoins, est également contredit par l'acte de suscription, lequel constate que, comparaissant devant le notaire et témoins réunis, la testatrice leur a remis à tous son présent Testament.

» L'acte de suscription porte en effet, *devant nous notaire et témoins, a été en sa personne...laquelle nous a tout présentement remis....* Dans le sens le plus favorable à la dame Disses, c'est comme si le notaire avait dit que la dame Descayrac lui a remis et présenté son Testament en présence des témoins; et c'est tout ce que veut l'ordonnance de 1735, ainsi qu'il a été jugé par plusieurs arrêts; car elle n'exige pas que le Testament soit présenté à chacun des témoins individuellement.

» Le troisième moyen a été fondé sur le défaut de la déclaration, que l'article précité de l'ordonnance soumettait la testatrice à faire personnellement. Mais, d'abord, l'ordonnance n'exigeait pas que cette déclaration fût couchée en tels ou tels termes; elle n'établissait pas une formule sacramentelle; dès-lors, il était permis d'exprimer cette déclaration en termes équipollens, et il suffisait qu'on pût l'induire de l'ensemble des clauses de la suscription.

» La cour a ensuite pesé et attentivement examiné les expressions de l'acte de suscription; et ils ne lui ont pas permis de douter que ce fut la dame Descayrac de Pellegrue qui fit elle-même, et de sa propre bouche, la déclaration requise par l'ordonnance. Il suffit, pour cela, de remarquer que la testatrice, qui avait déclaré et signé dans son Testament, que l'ayant *lu* et *relu* plusieurs fois, elle l'approuve, tout en répétant cette même déclaration dans l'acte de suscription, désigne ce Testament en termes si identiques avec ceux des clauses qui le terminent, qu'il n'y a pas, dans les deux actes, un mot essentiel de plus ou de moins: jusque-là même, que l'on retrouve, dans l'un et l'autre des expressions tout-à-fait inutiles, comme celle-ci: *entendant se conformer aux ordonnances.* Le notaire qui n'avait pas écrit le corps du Testament, aurait-il rencontré si juste cette identité des termes, s'ils n'étaient sortis de la bouche de la testatrice, qui, par la lecture qu'elle avait faite plusieurs fois, et le même jour, de son Testament, les avait gravés dans sa mémoire, et les répéta dans l'acte de suscription, afin de bien indiquer que c'était celui qu'elle voulait être gardé et observé, en sorte que l'observation de la formalité de la déclaration est parfaitement constatée par cet acte.

» Le quatrième et dernier moyen consiste en ce que le Testament dont il s'agit, est écrit en partie par la testatrice, tandis que sa suscription porte que la testatrice l'avait fait écrire par une main à elle affidée, sans faire connaître par qui.

» Mais, d'abord, il est constant que l'ordonnance n'exige pas que l'acte de suscription nomme le tiers qui a écrit le Testament. D'autre part, il a été reconnu que l'institution d'héritier, qui constituait alors la base et l'essence de tout Testament, et même un des legs y contenus, sont certainement écrits, dans celui dont il s'agit, par une main étrangère à celle de la testatrice; il en est de même de toutes les autres dispositions secondaires qu'il renferme, sauf quelques mots, ou plutôt quelques noms que la testatrice écrivit elle-même, afin de cacher et de ne pas faire connaître au tiers dont elle empruntait la main et la plume, ceux à qui elle destinait l'utilité de ces dispositions; en sorte que, malgré qu'elle ait omis d'ajouter, dans la suscription, qu'elle avait contribué ou participé, de son chef, à l'écriture contenue dans le papier clos et scellé par elle remis, ou, ce qui est la même chose, dans son Testament, il a été satisfait à la lettre de l'ordonnance, d'une manière suffisante et conforme à la vérité.

» Car il faut soigneusement distinguer, en cette matière, une déclaration fausse d'une déclaration qui n'est qu'incomplette; la première détruit absolument la présomption de

volonté de la part du testateur, laquelle est l'objet des précautions de la loi. On sent que la seconde n'est pas capable de produire le même effet ; aussi l'ordonnance n'exige-t-elle pas que le testateur ait écrit *en entier*, ou de sa propre main ou d'une autre quelconque. L'intention du législateur est de s'assurer que le Testament suscrit est réellement celui auquel le testateur entendait faire apposer la suscription ; ce qui ne peut être douteux dans l'espèce, quand il est convenu que les blancs laissés, de l'ordre de la testatrice, par celui qui a écrit le Testament, ont été remplis, le jour même, de la propre main de la dame Descayrac. Cette circonstance, qui est l'expression formelle et bien constatée de sa volonté, ajouterait, s'il était possible, aux autres motifs qui militent pour le maintien du Testament suscrit.

» Au surplus, si l'on consulte l'esprit de l'ordonnance de 1735, on s'aperçoit aisément qu'après avoir voulu s'assurer que le Testament présenté à la suscription, était le résultat de la volonté du testateur, son but a encore été d'empêcher qu'à ce Testament il n'en fût substitué un autre.

» La possibilité d'une erreur ou méprise de la part de la dame Descayrac, avant ou lors de la suscription, comme de toute espèce de changement ou de substitution dans un temps postérieur, est également est invinciblement exclue par la teneur même et par l'état, soit du Testament, soit de l'acte de suscription.

» D'un côté, l'état intrinsèque et matériel du Testament fut décrit, dans la suscription, par la testatrice, en signes tellement caractéristiques, qu'on ne peut pas admettre que la dame Descayrac eût fait, peu d'instans auparavant, un autre Testament auquel ils pussent s'adapter et convenir, tandis que, depuis son ouverture, il a été reconnu que le Testament dont il s'agit, les renferme tous exactement. La testatrice n'équivoqua donc point, et ne fit aucune erreur, lors de l'acte de suscription, sur le Testament auquel elle requit que cette suscription fût apposée.

» D'un autre côté, la suscription étant écrite sur la même feuille de papier où est écrit aussi le Testament, il n'a pas pu être changé, après coup, par la substitution d'un autre à sa place.

» Ce serait dont violer le texte de l'ordonnance, et trahir son esprit, que d'annuler le Testament dont il s'agit.

» Il a pour lui la volonté soutenue pendant treize ans, de celle qui le fit ; et il porte la preuve de l'accomplissement des formalités requises.

» Par ces motifs, la cour statuant sur le renvoi porté par l'arrêt de la cour de cassation, du 9 août 1809, sans avoir égard à la fin de non-recevoir proposée par la partie d'Albene, reçoit le préfet du département du Lot, à adhérer à l'appel des parties de Mallafosse, moyennant quoi, déclare n'y avoir lieu de statuer sur la demande en rejet de l'appel interjeté par ledit préfet ; et disant droit sur l'appel des parties de Mallafosse, et sur ladite adhésion, réformant le jugement du tribunal de Montauban, dont s'agit, en date du 8 août 1806, sans avoir égard aux moyens de nullité proposés par la partie d'Albène, et l'en démettant, ordonne que le Testament mystique de Françoise Descayrac de Pellegrue, suscrit le 15 mars 1779, sera exécuté selon sa forme et teneur....».

La dame Disses se pourvoit en cassation contre cet arrêt.

» La cour d'appel de Toulouse (ai-je dit à l'audience de la section civile, le 11 mai 1812) a-t-elle, dans la forme, violé l'art. 14 du tit. 5 de la loi du 24 août 1790, renouvelé par l'art. 443 du Code de procédure? A-t-elle, au fond, violé l'art. 9 de l'ordonnance de 1735, dont l'art. 976 du Code civil n'est que la répétition littérale? Telles sont les deux questions que présente à votre examen, la demande de la dame Disses, en cassation de l'arrêt de cette cour, du 2 août 1810.

» La prémière question n'en serait pas une, si, par son exploit du 16 octobre 1806, la dame Disses s'était bornée à signifier au préfet du département du Lot, le jugement qu'elle avait obtenu le 8 août précédent. Dans cette hypothèse, en effet, il n'y aurait nul doute que la dame Disses n'eût fait courir contre le préfet du département du Lot, le délai de trois mois qui lui était accordé pour appeler de ce jugement ; et par suite, que le préfet du département du Lot n'eût dû être déclaré non-recevable à adhérer, plus d'un an après, à l'appel des sieurs Berty-Fabry et Combarrieu.

» Mais la dame Disses ayant, par le même exploit, fait signifier au préfet du département du Lot, non-seulement le jugement du 8 août 1806, mais encore l'acte d'appel que les sieurs Berty-Fabry et Combarrieu en avaient interjeté le 4 septembre suivant, et une assignation à comparaître devant la cour d'appel d'Agen, *pour intervenir dans l'instance et voir déclarer commun avec lui l'arrêt* qui devait statuer sur cet appel, n'est-il pas résulté de là, pour le préfet du département du Lot, une dispense d'appeler dans les trois mois, et une faculté de se présenter devant la cour d'appel d'Agen, le

jour où la cause y serait plaidée, avec la seule qualité d'adhérant à l'appel de ses consorts ?

» La cour d'appel de Toulouse s'est prononcée pour l'affirmative ; et nous croyons pouvoir dire que, loin de violer la loi avec laquelle on lui reproche de s'être mise en opposition, elle a bien jugé.

» Assigner une partie non encore appelante, à intervenir dans une instance d'appel engagée par ses consorts de première instance, pour voir déclarer commun avec elle l'arrêt qui doit prononcer sur l'appel de ceux-ci, c'est certainement dire à cette partie qu'elle peut, dans l'état où elle se trouve, intervenir dans cette instance, et par conséquent, qu'elle peut y intervenir sans se rendre appelante par un acte exprès.

» Pour qu'il en fût autrement, pour que l'on pût donner un autre sens à une pareille assignation, pour que l'on pût sous-entendre, dans une pareille assignation, la condition que la partie ainsi assignée se rendra appelante dans le délai fixé par la loi, pour les cas ordinaires, il faudrait qu'un intimé ne pût jamais forcer une partie non-appelante à intervenir dans l'instance d'appel.

» Dans cette supposition, sans doute, on pourrait dire que l'assignation à intervenir dans l'instance d'appel serait nulle, à défaut d'appel de la partie assignée ; et que, puisqu'elle ne peut avoir d'effet qu'au moyen d'un appel interjeté par cette partie, il faut bien que cette partie se rende appelante, pour qu'elle puisse intervenir en vertu de l'assignation qui lui est donnée.

» Mais cette supposition n'est rien moins qu'exacte. Il est universellement reconnu qu'on peut intervenir, et par conséquent, être forcé d'intervenir en cause d'appel, même sans avoir été partie dans le jugement de première instance; et qu'il suffit, pour cela, qu'on ait qualité pour attaquer par tierce opposition l'arrêt à rendre. L'art. 466 du Code de procédure civile le dit en toutes lettres ; et vous l'aviez ainsi jugé, sur nos conclusions, dans des affaires commencées avant la mise en activité de ce Code, le 20 thermidor an 13, au rapport de M. Rousseau, et le 13 octobre 1807, au rapport de M. Borel.

» Et si l'on peut être forcé d'intervenir dans une cause d'appel, alors même qu'on n'a pas été partie dans le jugement de première instance, à plus forte raison le peut-on lorsqu'on a été partie dans ce jugement, et que, sans en avoir encore appelé, on est encore dans le délai pour le faire.

» D'ailleurs, qu'est-ce qu'un acte d'appel ? Rien autre chose qu'une assignation à comparaître devant le tribunal supérieur, pour voir réformer le jugement rendu par le tribunal de première instance. Or, qu'ai-je besoin de vous assigner devant le tribunal supérieur, lorsque vous m'y assignez vous-même? Cela serait, non-seulement inutile, mais même dérisoire. Je n'ai donc plus, lorsque vous m'assignez vous-même devant le tribunal supérieur, qu'à conclure, devant ce tribunal, à la réformation du jugement dont j'ai à me plaindre.

» Aussi la dame Disses est-elle obligée de convenir que si le préfet du département du Lot s'était présenté sur son assignation dans les trois mois qui l'ont suivie, il aurait dû être admis à intervenir sans acte d'appel préalablement signifié de sa part.

» Mais s'il avait dû y être admis dans les trois mois de son assignation, comment aurait-il pu être déclaré non-recevable, en se présentant après ce délai? La dispense d'appeler qui résultait pour lui de son assignation, n'était limitée à aucun espace de temps : elle était donc indéfinie ; il pouvait donc en profiter après, comme pendant les trois mois.

» Et vainement la dame Disses prétend-elle que le préfet du département du Lot, avait renoncé, par l'acte d'appel qu'il avait fait signifier le 15 octobre 1807, à la dispense d'appeler qu'elle lui avait implicitement accordée en le faisant assigner en déclaration d'arrêt commun,

» Cet acte d'appel n'a été, de la part du préfet, qu'une précaution surabondante ; et il est de principe qu'on ne se nuit jamais par l'emploi d'une pareille précaution. Le préfet savait bien, ou du moins il devait bien savoir, en faisant signifier son appel, qu'il n'était plus dans le délai pour appeler utilement ; il n'a donc pu faire signifier son appel que comme un hors-d'œuvre propre à faire connaître à l'avance, quoique cela ne fût nullement nécessaire, l'intention dans laquelle il était de paraître devant la cour d'appel d'Agen, en vertu de l'assignation qui lui avait été donnée par la dame Disses, et par conséquent de se prévaloir, devant cette cour, de la dispense d'appeler qu'il trouvait dans cette assignation. Et le moyen, après cela, de concevoir qu'il ait, par ce hors-d'œuvres, par cette manifestation anticipée et superflue de son intention, renoncé au droit qui lui était acquis de demander que l'arrêt à rendre sur l'appel de ses consorts fût déclaré commun avec lui?

» Notre seconde question se divise en trois branches.

» Et d'abord, en jugeant que la dame Pellegrue avait présenté elle-même, au notaire

et aux témoins, le papier contenant son Testament mystique, la cour d'appel de Toulouse a-t-elle violé l'art. 9 de l'ordonnance de 1735?

» Comment aurait-elle pu le violer? Elle a jugé au contraire que la dame Pellegrue s'était parfaitement conformée à celle des dispositions de cet article, qui veut que le testateur présente lui-même son Testament mystique au notaire et aux témoins; et elle l'a jugé d'après les termes consignés dans l'acte de suscription : *laquelle, de son bon gré, nous a présentement remis son présent Testament;* termes qui assurément expriment, d'une manière bien formelle, l'action de présenter au notaire et aux témoins, le papier dans lequel étaient consignées les dernières intentions de la dame Pellegrue.

» En second lieu, la cour d'appel de Toulouse a-t-elle violé la disposition de l'art. 9 de l'ordonnance de 1735, d'après laquelle le testateur qui présente son Testament mystique au notaire et aux témoins, doit leur déclarer que le papier qui le contient, est son Testament.

» Non encore, et bien loin de là, elle a reconnu, en point de droit, la nécessité de cette déclaration; mais elle a jugé, en point de fait, que l'acte de suscription contenait une preuve suffisante que cette déclaration avait eu lieu; et que peut-on opposer devant vous à une pareille décision? Vous n'êtes ni juges de révision, ni juges d'appel; et cela dit tout. Sans doute, il y aurait lieu de casser l'arrêt de la cour d'appel de Toulouse, pour avoir suppléé, par des interprétations très-vraisemblables d'ailleurs, au défaut de mention positive de la déclaration requise par l'art. 9 de l'ordonnance de 1735, si cet article prescrivait un mode spécial de constater cette déclaration, ou si du moins il exigeait que la mention, qui doit en être faite dans l'acte de suscription, fût expresse et textuelle. Mais cet article ne fait ni l'un ni l'autre; et dès-là, il s'en rapporte nécessairement à la prudence des magistrats, pour juger si la déclaration du testateur est ou n'est pas suffisamment constatée par l'acte de suscription (1).

» C'est ainsi que, par arrêt du 8 avril 1806, au rapport de M. Zangiacomi, vous avez déclaré que la cour d'appel de Toulouse n'avait pas violé l'art. 9 de l'ordonnance de 1735, en jugeant que le vœu de cet article avait été suffisamment rempli, dans le Testament mystique du sieur Nauthon, par la mention que le testateur avait déclaré au notaire et aux témoins, que *ce qui était contenu en la présente feuille de papier servant d'enveloppe, était son Testament, lequel il avait cacheté en présence dudit notaire et desdits témoins.*

» Troisièmement, la cour d'appel de Toulouse a-t-elle violé l'art. 9 de l'ordonnance de 1735, en ordonnant l'exécution d'un Testament mystique que la testatrice avait déclaré au notaire et aux témoins, avoir *fait écrire par une main affidée*, et qui cependant était, dans plusieurs de ses parties, écrit de la main de la testatrice elle-même?

» Sur cette question, il est à remarquer que l'art. 9 de l'ordonnance de 1735, tout en laissant au testateur le choix d'écrire lui-même son Testament, ou de le faire écrire par un autre, l'oblige de déclarer au moment où il le présente au notaire et aux témoins, lequel de ces deux partis il a cru devoir prendre.

» Pourquoi lui impose-t-il cette obligation? Afin que, lors de l'ouverture du Testament, après la mort du testateur, on puisse s'assurer si c'est vraiment celui que le testateur a entendu présenter au notaire et aux témoins, si c'est vraiment celui qu'il a entendu faire revêtir d'un acte de suscription.

» Si donc, le testateur ayant déclaré qu'il a écrit lui-même son Testament, on ne trouve, après sa mort, sous les cachets dont il l'a scellé au moment de l'acte de suscription, qu'un Testament écrit d'une main étrangère, la justice sera forcée de présumer qu'il s'est mépris, et que le Testament qu'il a présenté au notaire et aux témoins, n'est pas celui qu'il a eu l'intention de leur présenter.

» Et il en sera de même dans le cas inverse.

» Mais qu'arrivera-t-il si, le testateur ayant déclaré qu'il a fait écrire son Testament par un autre, il s'y trouve quelques mots, quelques lignes, de la main du testateur lui-même : ou si le testateur ayant déclaré qu'il a écrit lui-même son Testament, il s'y trouve quelques mots, quelques lignes, d'une main étrangère? Faudra-t-il, dans l'un et l'autre cas, regarder le Testament qui se trouvera revêtu d'un acte de suscription, comme substitué par une méprise du testateur, à un autre Testament qu'il a été dans son intention de présenter au notaire et aux témoins?

(1) En m'expliquant ainsi, j'avais perdu de vue que, dans cette phrase de l'art. 9 de l'ordonnance de 1735 (et par conséquent aussi de l'art. 976 du Code civil), *le notaire* EN *dressera l'acte de suscription*, le pronom EN se rapporte à tout ce qui précède, et que de là il suit nécessairement que la loi prescrit la mention expresse de la déclaration du testateur que le papier qu'il présente, est son Testament. J'aurais dû dire tout simplement que l'acte de suscription dont il s'agissait, contenait en termes exprès cette déclaration, puisqu'il y était énoncé en toutes lettres que la testatrice avait *remis* au notaire et aux témoins *son présent Testament.*

» La loi ne le dit pas; et, en thèse générale le juge ne peut pas le dire pour elle.

» Pour qu'on pût, avec certitude, inférer d'une pareille circonstance, qu'il y a eu méprise de la part du testateur, et que la substitution d'un Testament à un autre a été l'effet de cette méprise, il faudrait être bien convaincu que le testateur n'a pas calqué sa déclaration sur la partie principale et dominante de son Testament; il faudrait être bien convaincu, ou qu'il n'a pas entendu énoncer comme écrit par lui-même, un Testament dont il a réellement écrit la partie principale et dominante, ou qu'il n'a pas entendu énoncer comme écrit par une main affidée, un Testament dans lequel il n'a tracé, de sa propre main, que quelques mots ou quelques lignes.

» Et qui est-ce qui oserait affirmer que telle n'a pas été la pensée du testateur? Qui est-ce qui oserait, en descendant dans les replis de l'ame du testateur, et se constituant juge de son intention, assurer qu'il a attaché aux expressions qu'il a employées, toute la latitude dont elles sont rigoureusement susceptibles? Qui est-ce qui oserait dire qu'à la place du testateur, il ne se serait pas exprimé comme lui pour faire connaître, ou qu'il avait écrit lui-même son Testament, quoiqu'il en ait fait écrire quelques lignes, quelques mots par un autre; ou qu'il l'avait fait écrire par un autre, quoiqu'il en eût écrit lui-même quelques lignes, quelques mots?

» Non, Messieurs, dans ces sortes de cas la justice n'a point de règle fixe, parceque la loi ne lui en prescrit aucune. La question de savoir ce qu'a voulu dire le testateur, est une question de volonté sur laquelle la loi n'a point de prise, et qui dépend toute des circonstances.

» Sans doute, si les circonstances élèvent, dans l'esprit du juge, des doutes graves sur l'identité du Testament présenté, par le testateur au notaire et aux témoins, avec le Testament qu'il a réellement voulu leur présenter, il ne doit pas hésiter à déclarer nulles les dispositions qui, par cela seul qu'elles ne portent pas évidemment le cachet de la volonté du testateur, ne peuvent pas faire fléchir la loi des successions *ab intestat*.

» Mais comme dans notre espèce, et comme l'a jugé la cour d'appel de Toulouse, toutes les circonstances se réunissent pour établir cette identité, pour la faire, pour ainsi dire, toucher au doigt et à l'œil, le juge ne doit pas hésiter à maintenir le Testament.

» Par ces considérations, nous estimons qu'il y a lieu de rejeter la requête de la demanderesse ».

Par Arrêt du 11 mai 1811, au rapport de M. Chabot,

« Attendu, sur le premier moyen, que l'action intentée par la demanderesse en cassation, par acte du 16 octobre 1806, tendante à ce que le préfet du département du Lot fût tenu d'intervenir sur l'appel interjeté par les sieurs Berty-Fabry et Combarrieu, et à ce que l'arrêt à intervenir sur cet appel fût déclaré commun avec lui, dispensait évidemment le préfet d'interjeter un appel particulier; qu'en effet, en l'assignant pour qu'il intervînt sur l'appel déjà interjeté, c'était lui rendre cet appel commun, puisqu'il ne pouvait intervenir sur un appel qui lui aurait été étranger; et que, dès-lors, il suffisait qu'en intervenant, il adhérât à l'appel déjà existant; que la demande en déclaration d'arrêt commun ayant pour objet de faire confirmer définitivement à son égard, commé à l'égard des sieurs Berty-Fabry et Combarrieu, le jugement de première instance, cette demande l'autorisait nécessairement à prendre, pour sa défense et pour le maintien de ses droits, des conclusions tendantes à l'infirmation du jugement;

» Que, dans cet état de choses, il était absolument inutile qu'il donnât une nouvelle assignation à la demanderesse, pour procéder sur un appel qu'il aurait interjeté, puisqu'il était déjà lui-même assigné par la demanderesse pour procéder sur l'appel du même jugement; qu'ainsi, l'appel qu'il a interjeté postérieurement, était surabondant; et qu'en le jugeant ainsi, l'arrêt dénoncé n'a violé ni l'art. 5, tit. 27, de l'ordonnance de 1667, ni l'art. 14, tit. 5, de la loi du 24 août 1790;

» Sur le second moyen, qu'il résulte des termes de l'acte de suscription dont il s'agit et des faits qui ont été appréciés par la cour d'appel de Toulouse, que toutes les formalités prescrites par l'art. 9 de l'ordonnance de 1735 ont été remplies;

» Par ces motifs la cour, sans qu'il soit besoin de s'occuper du moyen de nullité proposé par le préfet du département du Lot, rejette le pourvoi, déclare le présent arrêt commun avec ledit préfet...».

Il ne pouvait pas y avoir la moindre hésitation dans cette affaire, à rejeter le moyen de nullité que les héritiers légitimes prétendaient faire resulter de ce que, dans le Testament mystique que la testatrice avait déclaré avoir fait écrire *par une main affidée*, il se trouvait plusieurs mots écrits de sa propre main; parcequ'r, d'un côté, l'acte de suscription étant écrit sur le revers du Testament

même, il était absurde de supposer que l'on eût substitué, après coup, un autre Testament à celui que la testatrice avait fait elle-même clore et sceller en présence des témoins et du notaire; et que de l'autre, comme l'avait très-bien démontré la cour d'appel de Toulouse, l'ensemble de l'acte de suscription constatait de la manière la plus palpable, la parfaite identité du Testament que la testatrice avait eu l'intention de présenter au notaire et aux témoins, avec celui qu'elle leur avait réellement présenté.

Mais sans le concours de ces deux circonstances, la question eût souffert beaucoup de difficultés.

Si l'acte de suscription eût été écrit sur la même feuille que le Testament même, les héritiers légitimes auraient pu dire que le Testament trouvé, après la mort de la testatrice, sur cette feuille, n'était pas celui qu'elle avait eu l'intention d'y faire enfermer; et pour prouver qu'elle s'était méprise elle-même, ils auraient pu se prévaloir avec avantage de la différence qui existait, quant à l'écriture, entre le Testament qu'elle avait réellement présenté au notaire et aux témoins, et le Testament qu'elle avait eu l'intention de leur présenter.

Si l'acte de suscription eût été écrit sur la feuille servant d'enveloppe, ils auraient pu argumenter avec bien plus d'avantage encore, de cette différence; car il y a bien moins d'invraisemblance dans la supposition d'une infidelité de la part d'un tiers, qu'il n'y en a dans la supposition d'une méprise de la part du testateur.

Mais dans l'un et l'autre cas, y aurait-il eu nécessité absolue de déclarer nul le Testament trouvé après la mort de la testatrice, sous l'enveloppe énoncée dans l'acte de suscription?

Pour soutenir l'affirmative, il faudrait aller jusqu'à dire que la seule inexactitude de la déclaration de testateur relativement à l'écriture de ses dispositions, emporte nullité indépendamment de toute autre considération. Or, le contraire est formellement jugé tant par l'arrêt de la cour d'appel de Toulouse, du 2 août 1810, que par celui de la cour de cassation, du 12 mai 1812, qui l'a maintenu.

C'est néanmoins ce qu'a décidé depuis, un arrêt de la cour royale de Lyon, dont voici l'espèce.

Le 6 août 1793, la dame Puy présente à un notaire et à six témoins un Testament mystique qu'elle déclare avoir écrit de sa main sur une demi-feuille. L'acte de suscription est couché sur l'enveloppe, et le tout est clos et scellé.

Après la mort de la testatrice, on trouve sous cette enveloppe un Testament daté du 6 août 1793, contenant une institution d'héritier en faveur des sieurs Rimbourg, neveux de la défunte, mais dont l'écriture, quoique entièrement de la main de celle-ci, est entremêlée de quelques lignes d'une main étrangère, et dans lequel se trouvent ces mots: « celui-ci seul, *écrit partie de ma propre main*, » renferme mes dernières volontés ».

Ceux des héritiers légitimes qui sont exclus par le Testament, en demandent la nullité, et ils se fondent, non sur la présomption que la différence qui existe, quant à l'écriture, entre le Testament décrit dans l'acte de suscription, et le Testament trouvé sous l'enveloppe après la mort de la testatrice, pourrait élever contre l'identité de l'un et de l'autre, mais sur le prétendu principe que, lorsque le Testament est écrit en partie par le testateur et en partie par une main étrangère, il est indispensable d'en faire mention.

Le 10 février 1821, jugement du tribunal de première instance de Lyon, qui, sans avoir égard à ce système, déclare le Testament valable.

Mais, sur l'appel, arrêt du 26 janvier 1822, qui le déclare nul, *contre les conclusions du ministère public*,

« Attendu que l'ordonnance de 1735 porte, art. 9, que *le testateur..... présentera ledit papier.....: et déclarera que le contenu en icelui est son Testament écrit ou signé de lui, ou écrit par un autre et signé de lui;*

» Attendu que, par cette dernière disposition, le législateur, en prescrivant au testateur de déclarer par quel main le Testament qu'il dépose au notaire, a été écrit, a voulu que cette déclaration fût exacte, afin qu'on ne pût pas douter que le Testament ainsi présenté est bien celui qu'il a eu l'intention de déposer, et qu'on ne pût pas lui en substituer un autre;

» Attendu que l'art. 47 de la même ordonnance s'exprime en ces termes: *toutes les dispositions qui concernent la date et la forme du Testament....., seront exécutées à peine de nullité.*

» Attendu que l'acte de suscription, dressé le 6 août 1793, par Guillaume Ome[illegible], notaire public, constate que Jeanne-Marie Rimbourg, femme de Jacques Puy, lui a présenté une feuille de papier dans laquelle elle a déclaré que c'était son Testament mystique *écrit de sa main*;

» Attendu que de l'inspection de la minute rapportée, il est évident à l'œil que les prémières lignes de ce Testament sont écrites en entier de la main de Jeanne-Marie Rimbourg, et qu'elle a aussi écrit vers la fin d'icelui quatre lignes et trois mots, dont deux moitiés de ligne sont effacées, tandis qu'entre ces deux écritures, il existe un assez grand nombre de lignes écrites d'une autre main ;

» Attendu que, de cette vérification, il suit que la déclaration insérée à l'acte de suscription, n'est point conforme à la vérité; que l'on peut croire que ce n'est pas là le Testament que Jeanne-Marie Rimbourg a voulu déposer, et qu'en cela, il y a contravention à ce qui est prescrit par l'ordonnance; qu'il est constant que le législateur, en exigeant du testateur qui dépose son Testament mystique, de déclarer qu'il est écrit par lui, ou qu'il l'a fait écrire par une main étrangère, a implicitement compris dans ces deux cas, ainsi expliqués et réunis, le cas particulier où le Testament serait écrit partie par le testateur et partie par une autre main, et qu'il a voulu qu'il en fût fait mention ; et que c'est une erreur de prétendre que c'est là un troisième cas que l'ordonnance n'a pas prévu; d'où il suit que la formalité ordonnée n'ayant pas été observée, le Testament est frappé de la nullité que l'ordonnance prononce (1) »

Que cet arrêt eût-il annulé le Testament dont il s'agissait, par le motif qu'il ne paraissait pas être identiquement le même que celui qui était signalé dans l'acte de suscription comme écrit de la main de la testatrice, on ne pourrait voir là que l'exercice légitime du pouvoir dont les juges sont investis en cette matière. Mais l'annuler sur le seul fondement que la testatrice n'avait pas déclaré au notaire et aux témoins que quelques lignes en étaient écrites d'une main étrangère, c'est, j'ose le croire, faire dire à la loi ce qu'elle ne dit pas; c'est confondre deux choses que l'arrêt de la cour d'appel de Toulouse, du 7 août 1810, distingue si bien, une déclaration *fausse* et une déclaration *incomplette*; c'est faire plus encore : c'est étendre la peine de nullité que la loi ne prononce que pour le cas où le testateur n'a pas déclaré, soit qu'il a lui-même écrit son Testament, soit qu'il l'a fait écrire par un autre, à un cas tout-à-fait différent, à celui où le testateur a pu, de très bonne foi, en s'exprimant d'après la manière dont était écrite la partie principale et dominante de son Testament, qualifier d'*écrit de sa main* un acte qui ne contenait que quelques mots tracés par une main étrangère, ou *écrit par une main étrangère* un acte où il y avait quelques mots écrits de sa propre main.

(1) Jurisprudence de la cour de cassation, tome 23, partie 2, page 296.

XXIX. Le Testament mystique fait-il foi, jusqu'à inscription de faux, de la vérité de la signature dont le testateur a déclaré, dans l'acte de suscription, l'avoir revêtu?

L'affirmative est tellement évidente, que je ne la mettrais pas ici en question, si elle n'avait fait, devant la cour d'appel de Bruxelles, la matière d'une contestation fort sérieuse; mais cette cour l'a formellement consacrée par arrêt du 23 mars 1811, « attendu qu'un Tes» tament mystique, ou clos et déposé chez un » notaire, devient, par l'acte de dépôt, ré» digé par le notaire sur l'enveloppe, en pré» sence des témoins, et signé par le testateur, » une pièce authentique, lorsqu'il est reconnu » que le papier ou l'enveloppe qui le renfer» me, sont restés intacts, et qu'il n'y a pas » eu moyen d'y substituer un autre Testament » sans fracture ; d'où il suit que le Testament » n'est plus sujet à vérification d'écriture ou » de signature, et ne peut être argué que par » inscription de faux (1) ».

XXX. Le Testament qui est nul comme mystique, peut-il valoir comme olographe, lorsqu'il est écrit, daté et signé par le testateur?

V. ci-après, §. 4, art. 4.]]

ART. IV. *Des Testamens entre enfans.*

I. L'art. 15 de l'ordonnance de 1735 porte que le nombre de témoins requis par les art. 5, 7, 9 et 10, pour les Testamens, soit nuncupatifs, soit mystiques, « ne sera pas nécessaire » pour la validité des Testamens, codicilles et » autres actes de dernière volonté, faits entre » enfans et descendans, dans les pays qui sont » régis par le droit écrit; et il suffira que lesdits » Testamens, codicilles ou autres actes soient » faits en présence de deux notaires ou tabel» lions, ou d'un notaire et deux témoins ».

L'art. 16 veut que « les Testamens, codi» cilles ou autres dispositions à cause de mort, » qui seront entièrement écrits, datés et signés » de la main du testateur ou de la testatrice, » soient valables dans les pays de droit écrit, » entre les enfans et descendans »; et il déclare nuls « tous ceux qui ne seraient pas revêtus au » moins d'une des formes portées par le présent » article et par le précédent ».

(1) Décisions notables de la cour d'appel de Bruxelles, tome 23, page 121.

L'art. 17 a pour objet *les actes de partage entre enfans et descendans, pour avoir lieu après la mort de ceux qui les font.* Comme ces actes ne sont que des espèces de Testamens *inter liberos*, l'ordonnance les soumet aux mêmes formalités que ceux-ci, et veut qu'ils ne soient valables dans les pays où ils sont en usage, s'ils ne sont revêtus d'une des formes prescrites par les articles précédens, c'est-à-dire, s'ils ne sont, ou passés, soit devant un notaire, et deux témoins, soit devant deux notaires, ou entièrement écrits, datés et signés de la main du testateur.

Faut-il conclure de là que des Testamens ou partages entre enfans, qui ne seraient revêtus que de l'une ou l'autre forme, dussent avoir leur effet dans les coutumes qui exigeraient quelque chose de plus, ou qui, par exemple, rejetteraient indistinctement toutes les espèces de dispositions olographes?

Non ; car l'art. 17 même déclare que « se» ront en outre observées les autres formalités » prescrites par les lois, coutumes ou statuts » qui autorisent lesdits actes de partage à cause » de mort ».

II. Les coutumes qui parlent de ces actes, sont Amiens, art. 49 et 94 ; Péronne, art. 107 ; Nivernais, chap. 34, art. 17 ; Bretagne, art. 560 ; Hainaut, chap. 31 ; Valenciennes, art. 113 ; Cambrésis, tit. 14 ; Bourgogne, chap. 7, art. 8 ; et Bourbonnais, art. 216.

III. De ces neuf coutumes, les trois premières ne prescrivent aucune formalité pour la confection des partages entre enfans.

La quatrième, c'est-à-dire, celle de Bretagne, ne permet ces sortes de partages qu'entre nobles ; et elle veut que le père les fasse de l'avis de quatre parens des enfans, deux paternels et deux maternels.

IV. Celle de Hainaut s'étend beaucoup sur ces sortes d'actes, qu'elle appelle *avis*. Elle en distingue de deux sortes, le *conjonctif* et le *viduel*.

L'*avis conjonctif* est un partage que le père et la mère font conjointement entre leurs enfans, tant des biens qui leur appartiennent actuellement, que de ceux qui peuvent, par la suite, leur échoir en ligne directe.

L'*avis viduel* est un partage que le survivant des époux fait, entre ses enfans, des biens dont il a la libre disposition.

La forme de *l'avis conjonctif* est à peu près la même que celle du partage entre nobles en Bretagne.

L'art. 1 du chap. 31 des chartes générales porte que « tous conjoints, possédant fiefs ou » non, pourront, par l'avis et conseil de leurs » parens et communs amis, deux de chacun » côté pour le moins, faire avis et partage..... » à leurs enfans ou enfans d'enfans »

Cet article garde, comme on voit, un profond silence sur la question de savoir si l'avis conjonctif doit être revêtu de la forme des Testamens ordinaires ; et par cette raison, il suffit qu'il soit passé devant un notaire et deux témoins, ou devant deux notaires, ou même qu'il soit revêtu de la forme d'une disposition olographe.

Mais, dans ce dernier cas, suffit-il, comme l'enseigne Dumées, dans sa *Jurisprudence du Hainaut*, page 152, que l'acte soit *écrit, daté et signé du père, et ensuite signé de la mère* ?

Il paraît que non. L'ordonnance n'autorise les dispositions olographes qu'autant qu'elles sont écrites, datées et signées de la main du testateur. Dans notre espèce, la mère est aussi bien testatrice que le père ; la disposition ne peut donc pas valoir à son égard, si elle n'est écrite, datée et signée de sa main.

Cette conséquence n'est pas seulement fondée sur le texte de l'ordonnance ; elle dérive encore de son esprit. Car, qu'est-ce qui a porté le législateur à autoriser les dispositions olographes, si ce n'est la certitude qu'étant écrites, d'un bout à l'autre, de la main du testateur, il était impossible qu'elles ne continssent pas ses véritables intentions? Manquer à cette forme, c'est donc manquer à la condition sans laquelle le législateur n'aurait pas permis de tester sous seing-privé ; et combien cette considération n'acquiert-elle pas de force, lorsqu'on fait attention à la facilité qu'a presque toujours un mari de gêner la volonté de sa femme, et de lui arracher, par une signature faite à la hâte, une disposition qu'elle ne ferait pas, s'il fallait qu'elle l'écrivît de sa propre main !

En vain dirait-on qu'il est impossible qu'une disposition conjonctive soit écrite par les deux testateurs à la fois et simultanément. Cette prétendue impossibilité disparaîtra, si l'on fait attention à ce qu'a écrit là-dessus, par rapport à la coutume de Bourgogne, l'auteur du supplément aux notes sur le scholiaste de Perrier, tome 1, page 4. Voici ses termes : « Si l'acte » est olographe, il exige des précautions spé» ciales. 1° Il faut que la disposition des deux » conjoints soit sur la même feuille, ou du » moins sur le même cahier, de telle sorte » qu'on ne puisse séparer l'écriture de l'un de » celle de l'écriture de l'autre, *in unius chartæ* » *volumine*, porte la novelle 4 de Valenti» nien, qui a introduit ce genre de disposition » entre mari et femme ; 2° que chacun des con-

» joints écrive la disposition entière de tous » les deux, soit sur deux colonnes, soit à la » suite l'une et l'autre, et que tous deux signent » chaque disposition, c'est-à-dire, que la dispo- » sition écrite par le mari seul, et contenant » celles des deux conjoints, sera signée par la » femme aussi bien que par le mari, et res- » pectivement. Tel est l'usage que mes anciens » ont toujours recommandé de suivre ». On peut ajouter que telle est aussi la jurisprudence des arrêts, et la preuve en est consignée dans le *Traité des Donations* de Ricard, part. 1, n° 1492. [[*V.* mon *Recueil de Questions de Droit*, aux mots *Testament conjonctif*, §. 2.]]

Lorsqu'un des époux est interdit, soit pour démence, soit pour prodigalité, l'autre n'est pas pour cela dans l'impuissance de faire un avis conjonctif; il peut s'adresser au juge royal, qui l'autorise, en connaissance de cause, à partager entre ses enfans et ses descendans, tant ses propres biens que ceux de son époux, *par consentement des parens ou communs amis, deux de chaque côté*. C'est ce que porte l'art. 19 du chap. 31 des chartes générales

L'avis conjonctif est révocable de sa nature; mais il cesse de l'être dans deux circonstances: la première, lorsque les époux se sont expressément ôté le pouvoir de le révoquer; la seconde, lorsque l'un d'eux est décédé. Les art. 2, 12, 13 et 23 du chapitre cité y sont formels.

Le décès de l'un des époux affecte tellement le bénéfice de la disposition aux enfans, que le survivant ne peut même plus contracter de dettes au préjudice de ceux-ci. C'est ce qui résulte du principe établi aux mots *Dévolution coutumière*, §. 2, qu'en Hainaut, la faculté de s'obliger personnellement va de pair avec celle d'aliéner; et c'est ce qui a été jugé par deux arrêts du parlement de Paris, des 4 septembre 1694 et 6 mars 1717, rapporté par Maillart, sur l'art. 74 de la coutume d'Artois, n° 27.

A l'égard de l'*avis viduel*, comme il ne renferme d'autre disposition que celle qui est faite par le survivant de ses propres biens, il n'est pas nécessaire d'y appeler les parens ou amis du prédecédé; il suffit, suivant l'art. 14 du chap. 31 des chartes, que le disposant y fasse intervenir deux de ses propres parens ou amis.

Du reste, voyez ce que nous avons déjà dit sur l'un et l'autre genre de disposition, aux mots *Clause privative*, *Déshéritance* et *Nantissement*.

V. Dans la coutume de Valenciennes, les Testamens ou partages entre enfans et descendans, ne sont valables qu'autant qu'ils sont passés ou reconnus devant deux membres du siége échevinal du lieu où ils se font. Encore faut-il, *pour engendrer réalité*, qu'ils soient insinués durant l'année de la mort du testateur, ou de son vivant, dans chacune des justices foncières de la situation des biens. C'est ce que porte l'art. 113. *V.* ci-devant, art. 1, n° 7.

VI. Dans la coutume de Cambrésis, on distingue les partages qui ont pour objet des mainfermes ou censives, d'avec ceux qui ont pour objet des fiefs.

Pour les premiers, l'art. 4 du chap. 14 de la coutume déclare que l'acte *passé et reconnu par-devant la loi* du domicile du père et de la mère, est valable et produit son effet, même pour les biens situés dans d'autres seigneuries.

A l'égard des seconds, il est d'une jurisprudence constante, qu'ils ne peuvent être d'aucun effet sans *rapport à loi*. C'est ce qu'a jugé, entre autres, un arrêt du 5 avril 1702, inséré dans le recueil du président Desjaunaux, tome 3, §. 12. *V.* l'article *Rapport à loi*, §. 4.

VII La coutume de Bourgogne, chap. 7, art. 8, est conforme à l'art. 15 de l'ordonnance de 1735, en ce qu'elle permet au père de faire partage entre ses enfans par-devant un notaire et deux témoins: mais elle n'autorise pas, en cette matière, la forme olographe dont il est parlé dans l'art. 16 de la même ordonnance ou du moins elle la soumet à des formalités qui la font dégénérer en Testament mystique. *V.* ci-devant, art. 3, n° 3.

VIII. La coutume du Bourbonnais, art. 216, nous offre, relativement à la forme des Testamens entre enfans, les mêmes dispositions que celles qui sont consignées dans les art. 15 et 16 de l'ordonnance citée, c'est-à-dire, qu'elle permet de faire ces Testamens, ou devant un notaire et deux témoins, ou sous seing-privé.

[[IX. Le Code civil assujétit les Testamens entre enfans aux mêmes formalités que les Testamens faits au profit de parens collatéraux ou d'étrangers. *V.* l'article *Partage d'ascendans*, n° 25.]]

Art. V. *Des Testamens militaires.*

I. Les Testamens faits par les soldats, ont toujours été dans une très-grande faveur. Chez

les Romains, leur forme était proprement de n'en avoir aucune. De quelque façon qu'un soldat fît connaître sa dernière volonté, il fallait qu'elle eût son exécution. C'est ce que nous apprend la loi 1, D. *de Testamento militis*.

II. En France, le législateur a cru devoir prendre un juste milieu entre la faveur que méritent ces sortes d'actes, et les abus qu'elle entraînerait, si elle était portée trop loin. C'est l'objet qu'il a rempli par les art. 27, 28, 29, 30, 31 et 32 de l'ordonnance de 1735.

Suivant le premier de ces textes, « les Testamens, codiciles et autres dispositions à cause » de mort de ceux qui servent dans les armées » du roi, en quelque pays que ce soit, pourront » être faits en présence de deux notaires ou ta- » bellions, ou d'un notaire ou tabellion et de » deux témoins, ou en présence de deux offi- » ciers ci-après nommés, savoir, les majors et les » officiers d'un rang supérieur, les prevôts des » camps et armées, leurs lieutenans ou greffiers, » et les commissaires des guerres, ou de l'un des- » dits officiers, avec deux témoins; et en cas que » le testateur soit malade ou blessé, il pourra » aussi faire ses dernières dispositions en pré- » sence d'un des aumôniers de nos troupes, ou » des hôpitaux, avec deux témoins, et ce encore » que lesdits aumôniers fussent réguliers ».

L'art. 28 porte que le testateur signera les Testamens, codicilles ou autres dispositions mentionnées dans l'article précédent, s'il sait ou peut signer, et que, dans le cas contraire, il sera fait mention expresse de sa déclaration. Le même article ajoute que ces actes seront pareillement signés de celui ou ceux qui les recevront, et en même temps par les témoins. Si cependant, continue-t il, le testateur sait et peut signer, il ne sera pas nécessaire que les témoins sachent et puissent le faire également.

L'art. 29 permet d'employer la forme olographe dans les Testamens militaires, en quelque pays que ce soit; et déclare nuls tous ceux qui ne seraient pas faits de l'une des manières prescrites par cet article et les deux précédens.

L'art. 30 limite le privilége de tester de l'une de ces manières, aux personnes qui sont actuellement en expédition militaire, à celles qui sont en quartier ou en garnison hors du royaume, et aux prisonniers qui sont détenus chez les ennemis. A l'égard de ceux qui sont en quartier ou en garnison dans le royaume, il ne leur permet de tester de la sorte, que lorsqu'ils sont dans une place assiégée, ou dans une citadelle ou autre lieu dont les portes sont fermées, et la communication interrompue à cause de la guerre.

L'art. 31 porte que, dans les cas marqués par le texte qui vient d'être retracé, ceux qui, n'étant ni officiers ni engagés dans les troupes du roi, se trouveront à la suite des armées ou chez les ennemis, soit à cause de leurs emplois ou fonctions, soit pour le service qu'ils rendent aux officiers, soit à l'occasion de la fourniture des vivres et munitions des troupes, pourront faire leurs dernières dispositions dans l'une des formes permises aux soldats par les art. 27, 28 et 29.

Mais par l'art. 32, les dispositions que les personnes mentionnées dans l'article précédent, font par privilége dans l'une de ces formes, deviennent nulles six mois après que celui qui les a faites, est revenu dans un lieu où il peut avoir la liberté de tester selon la forme ordinaire.

[[III. 1° Avant l'ordonnance de 1735 (et depuis, dans les lieux où elle n'avait pas été publiée), pouvait-on tester militairement dans une garnison, ou dans un quartier d'hiver? 2° Qu'entend-on, en fait de Testament militaire, par *être en expédition*? 3° Quel est le sens des anciennes lois de la Belgique qui interdisaient aux soldats *en ferme garnison*, la faculté de tester militairement?

Sur ces trois questions, *V.* le plaidoyer du 28 ventôse an 13, rapporté ci-après, art. 8.

IV. Le Code civil contient, sur les Testamens militaires, les dispositions suivantes :

« Art. 981. Les Testamens des militaires et des individus employés dans les armées, pourront, en quelque pays que ce soit, être reçus par un chef de bataillon et d'escadron, ou par tout autre officier d'un grade supérieur, en présence de deux témoins, ou par deux commissaires des guerres, ou par un de ces commissaires, en présence de deux témoins.

» 982. Ils pourront encore, si le testateur est malade ou blessé, être reçus par l'officier de santé en chef, assisté du commandant militaire chargé de la police de l'hospice.

» 983. Les dispositions des articles ci-dessus n'auront lieu qu'en faveur de ceux qui seront en expédition militaire, ou en quartier, ou en garnison hors du territoire français, ou prisonniers chez l'ennemi; sans que ceux qui seront en quartier ou en garnison dans l'intérieur, puissent en profiter, à moins qu'ils ne se trouvent dans une place assiégée ou dans une citadelle et autres lieux dont les portes soient fermées et les communications interrompues à cause de la guerre.

» 984. Le Testament fait dans la forme ci-dessus établie, sera nul six mois après que le testateur sera revenu dans un lieu où il aura la liberté d'employer les formes ordinaires.

» 998. Les Testamens compris dans les articles ci-dessus, seront signés par les testateurs et par ceux qui les auront reçus.

» Si le testateur déclare qu'il ne sait ou ne peut signer, il sera fait mention de sa déclaration, ainsi que de la cause qui l'empêche de signer.

» Dans les cas où la présence de deux témoins est requise, le Testament sera signé au moins par l'un d'eux, et il sera fait mention de la cause pour laquelle l'autre n'aura pas signé ».]]

Art. VI. *Des Testamens faits en temps de peste.*

I. Avant l'ordonnance de 1735, il était peu de matières où l'on rencontrât une aussi grande contrariété de jurisprudence dans les différens parlemens, que celle des Testamens faits en temps de peste.

On croyait au parlement de Paris, que, bien loin de se relâcher, dans ces occasions, de la rigueur des solennités ordinaires, on devait au contraire y tenir la main avec d'autant plus de soin, qu'un homme atteint de cette maladie, est presque toujours dans une sorte d'abandon et par là même, à la merci de deux ou trois personnes qui peuvent profiter des terreurs extraordinaires que cause ce fléau, pour lui faire prendre telles impressions qu'elles veulent.

Une idée totalement différente avait prévalu dans les parlemens de droit écrit : on y estimait que l'état d'abandonnement où étaient ceux qui se trouvaient dans cette affreuse situation, méritait une indulgence toute particulière ; et qu'ainsi, c'eût été pousser la rigidité jusqu'à la barbarie, que d'exiger d'eux, dans les Testamens, les solennités prescrites par le droit commun.

Une aussi grande différence de principes devait produire et produisit en effet une différence énorme de jurisprudence entre le parlement de Paris et les parlemens de droit écrit.

Il y aurait eu plus d'uniformité, si l'on s'en était tenu au droit romain. Suivant la loi 8, C. *de Testamentis*, le Testament fait en temps de peste, devait être revêtu des mêmes formes que le Testament fait en temps ordinaire ; seulement on était dispensé d'y appeler tous les témoins dans le même instant ; et ils pouvaient se présenter l'un après l'autre pour entendre la disposition du testateur, s'il s'agissait d'un Testament nuncupatif ; ou pour signer et sceller l'acte de suscription, s'il s'agissait d'un Testament mystique : *Casûs majoris ac novi contingentis ratione, adversûs timorem contagionis quæ testes deterret, licet aliquid laxatum est, non tamen prorsùs reliqua Testamentorum solemnitas perempta est. Testes enim hujusmodi morbo oppresso eo tempore jungi atque sociari remissum est ; non etiam conveniendi numeri eorum observatio sublata est.*

... L'ordonnance de 1735 a fixé toutes les idées sur ce point, par les art. 33, 34, 35, 36 et 37.

De ces cinq articles, les trois premiers roulent uniquement sur les différentes formes des dernières dispositions faites en temps de peste.

Voici les termes de l'art. 33 : « En temps de » peste, les Testamens, codicilles, ou autres » dispositions à cause de mort, pourront être » faits, en quelque pays que ce soit, en pré» sence de deux notaires ou tabellions, ou de » deux des officiers de justice royale, seigneu» riale, ou municipale, jusqu'au greffier in» clusivement ; ou par-devant un notaire ou » tabellion avec deux témoins ; ou par-devant » un des officiers ci-dessus nommés, aussi avec » deux témoins ; ou en présence du curé ou » desservant, ou vicaire, ou autre prêtre » chargé d'administrer les sacremens aux ma» lades, quand même il serait régulier, et de » deux témoins ».

L'art. 34 porte que ce qui a été réglé par l'art. 27 pour les Testamens militaires, sur la signature, tant du testateur que de celui ou ceux qui recevront le Testament, et des témoins, sera aussi observé par rapport aux dernières dispositions faites en temps de peste.

L'art. 35 déclare qu'en temps de peste, on pourra, sans distinction de cas ni de lieu, tester dans la forme olographe, et annuller tous les Testamens qui ne seraient pas revêtus, soit de cette forme, soit d'une de celles que prescrivent les deux articles qui précèdent immédiatement.

L'art. 36 détermine les personnes à qui appartient le privilége de tester de l'une et de l'autre manière. Ce privilége porte-t-il, « aura » lieu, tant à l'égard de ceux qui seraient » attaqués de la peste, que pour ceux qui se» raient dans les lieux infectés de cette mala» die, encore qu'ils ne fussent pas actuellement » malades ».

L'art. 37 fixe la durée des Testamens dont il s'agit : « Ils demeureront nuls six mois après » que le commerce aura été rétabli dans le lieu » où le testateur se trouvera, ou qu'il aura » passé dans un lieu où le commerce n'est

» point interdit, si ce n'est qu'on eût observé, » dans lesdits actes, les formalités requises de » droit commun dans le lieu où ils auront été » faits ».

[[II. A ces dispositions, le Code civil substitue les suivantes :

« Art. 985. Les Testamens faits dans un lieu avec lequel toute communication sera interceptée, à cause de la peste ou autre maladie contagieuse, pourront être faits devant le juge de paix, ou devant l'un des officiers municipaux de la commune, en présence de deux témoins.

» 986. Cette disposition aura lieu, tant à l'égard de ceux qui seraient attaqués de ces maladies, que de ceux qui seraient dans les lieux qui en sont infectés, encore qu'ils ne fussent pas actuellement malades.

» 987. Les Testamens mentionnés aux deux précédens articles, deviendront nuls six mois après que les communications auront été rétablies dans le lieu où le testateur se trouve, ou six mois après qu'il aura passé dans un lieu où elles ne seront point interrompues.

» 998. Les Testamens compris dans les articles ci-dessus, seront signés par les testateurs et par ceux qui les auront reçus.

» Si le testateur déclare qu'il ne sait ni ne peut signer, il sera fait mention de sa déclaration, ainsi que de la cause qui l'empêche de signer.

» Dans le cas où la présence de deux témoins est requise, le Testament sera signé au moins par l'un d'eux, et il sera fait mention de la cause pour laquelle l'autre n'aura pas signé ».]]

Art. VII. *Des Testamens maritimes.*

L'ordonnance de 1735 ne parle point des Testamens faits sur mer ; mais celle de la marine, du mois d'août 1681, s'en est occupée.

Elle porte, liv. 3, tit. 11, art. 1, que les Testamens faits sur mer, par ceux qui décéderont dans les voyages, seront réputés valables, s'ils sont écrits et signés de la main du testateur, ou reçus par l'écrivain du vaisseau en présence de trois témoins qui signeront avec le testateur ; et que, si celui ci ne sait ou ne peut signer, il en sera fait mention.

Elle ajoute, art. 2, qu'aucun ne pourra disposer, par Testament ainsi passé devant l'écrivain, d'autre chose que des effets qu'il aura dans le vaisseau et de gages qui lui seront dus.

[[Le Code civil établit là-dessus de nouvelles règles. Voici ses termes :

« Art. 988. Les Testamens faits sur mer, dans le cours d'un voyage, pourront être reçus savoir :

» A bord des vaisseaux et autres bâtimens du Roi, par l'officier commandant le bâtiment, ou, à son défaut, par celui qui le supplée dans l'ordre du service, l'un ou l'autre conjointement avec l'officier d'administration ou avec celui qui en remplit les fonctions ;

» Et à bord des bâtimens de commerce, par l'écrivain du navire ou celui qui en fait les fonctions, l'un ou l'autre conjointement avec le capitaine, le maître ou le patron, ou, à leur défaut, par ceux qui les remplacent.

» Dans tous les cas, ces Testamens devront être reçus en présence de deux témoins.

» 989. Sur les bâtimens du Roi, le Testament du capitaine ou celui de l'officier d'administration, et, sur les bâtimens de commerce, celui du capitaine, du maître ou patron, ou celui de l'écrivain, pourront être reçus par ceux qui viennent après eux dans l'ordre du service, en se conformant pour le surplus aux dispositions de l'article précédent.

» 990. Dans tous les cas, il sera fait un double original des Testamens mentionnés aux deux articles précédens.

» 991. Si le bâtiment aborde dans un port étranger dans lequel se trouve un consul de France, ceux qui auront reçu le Testament, seront tenus de déposer l'un des originaux, clos ou cacheté, entre les mains de ce consul, qui le fera parvenir au ministre de la marine ; et celui-ci en fera faire le dépôt au greffe de la justice de paix du lieu du domicile du testateur.

» 992. Au retour du bâtiment en France, soit dans le port de l'armement, soit dans un port autre que celui de l'armement, les deux originaux du Testament, également clos et cachetés, ou l'original qui resterait, si, conformément à l'article précédent, l'autre avait été déposé pendant le cours du voyage, seront remis au bureau du préposé de l'inscription maritime ; ce préposé les fera passer sans délai au ministre de la marine, qui en ordonnera le dépôt, ainsi qu'il est dit au même article.

» 993. Il sera fait mention sur le rôle du bâtiment, à la marge, du nom du testateur, de la remise qui aura été faite des originaux du Testament, soit entre les mains d'un consul, soit au bureau d'un préposé de l'inscription maritime.

» 994. Le Testament ne sera point réputé fait en mer, quoiqu'il l'ait été dans le cours du voyage, si, au temps où il a été fait, le navire avait abordé une terre, soit étrangère, soit de la domination française, où il y aurait un officier public français : auquel cas, il ne

sera valable qu'autant qu'il aura été dressé suivant les formes prescrites en France, ou suivant celles usitées dans le pays où il aura été fait.

» 995. Les dispositions ci-dessus seront communes aux Testamens faits par les simples passagers qui ne font point partie de l'équipage.

» 996. Le Testament fait sur mer, en la forme prescrite par l'art. 988, ne sera valable qu'autant que le testateur mourra en mer, ou dans les trois mois après qu'il sera descendu à terre, et dans un lieu où il aura pu le refaire dans les formes ordinaires.

» 997. Le Testament fait sur mer, ne pourra contenir aucune disposition au profit des officiers du vaisseau, s'ils ne sont parens du testateur.

» 998. Les Testamens compris dans les articles ci-dessus de la présente section, seront signés par les testateurs et par ceux qui les auront reçus. Si le testateur déclare qu'il ne sait ou ne peut signer, il sera fait mention de sa déclaration ainsi que de la cause qui l'empêche de signer.

» Dans les cas où la présence de deux témoins est requise, le Testament sera signé au moins par l'un d'eux, et il sera fait mention de la cause pour laquelle l'autre n'aura pas signé ».

Art. VIII. 1° *Les ambassadeurs et les autres ministres publics peuvent ils, dans les pays étrangers où ils exercent leur mission, tester dans la forme autorisée par la loi de leur domicile ?*

2° *Doit-on, à cet égard, considérer comme étant en pays étranger, l'ambassadeur qui exerce sa mission dans un état appartenant à son prince, mais distinct et séparé de celui en qualité de souverain duquel son prince lui a confié cette mission ?*

3° *Le ministre public qui, pour l'exercice de sa mission, est adjoint à une armée agissante, peut-il tester militairement ?*

4° *Le peut-il lorsqu'il réside à portée du théâtre de la guerre, dans une ville où il tient une maison à loyer ?*

Ces questions et plusieurs autres qui sont indiquées ci-dessus, §. 2, art. 6, ainsi qu'aux mots *Brabant*, *Cassation*, §. 3, n° 7 et *Souveraineté*, §. 6, ont été agitées dans l'espèce suivante.

Florimond-Claude de Mercy-d'Argenteau, né à Liége, de parens liégeois, le 20 avril 1727, était à l'âge de seize ans, adjoint à l'ambassade d'Autriche à la cour de Turin.

Parvenu à sa majorité, il fut nommé ambassadeur de la même puissance à la même cour.

Depuis, il passa successivement avec le caractère d'ambassadeur d'Autriche, en Pologne, en Russie et en France.

Il quitta Paris en 1790, pour aller à la Haye, négocier au nom de l'empereur d'Allemagne, la pacification des provinces belgiques.

Cette opération terminée, il fut chargé par *interim* du gouvernement général des mêmes provinces, et il le conserva jusqu'en juillet 1791, époque où l'archiduchesse Christine et le duc de Saxe-Teschen, son mari, vinrent prendre eux-mêmes les rênes de ce gouvernement.

Le 26 février 1792, prenant toujours la qualité *d'ambassadeur de S. M. I. près S. M. très-chrétienne*, il loua pour neuf ans un hôtel situé dans la ville de Bruxelles, mais avec cette réserve de la faculté de résilier le bail quand il lui plairait, en avertissant trois mois d'avance.

Le 29 septembre suivant, il lui fut expédié à Vienne un diplôme ainsi conçu :

« Nous François II...., empereur....., roi de Hongrie, de Bohême....., *duc de Brabant*...., savoir faisons..... à tous et un chacun qui ont ou pourront avoir intérêt à la chose, qu'ayant jugé convenable de nous occuper des moyens de faciliter et accélérer les résolutions à prendre dans les affaires de différens genres ayant rapport à notre service, qui se présenteront et devront se terminer, tant pendant le cours de la présente guerre, qu'au temps si désiré où le royaume de France sera rendu à la tranquillité et à l'ordre, et la paix rétablie entre nous et ledit royaume; il nous a plu confier ce soin à un personnage qui méritât toute notre confiance, par des preuves non équivoques d'une fidélité et d'une prudence consommée et par des services de la plus haute importance rendus pendant une longue suite d'années, tant à nous qu'à nos augustes prédécesseurs.

» Tel est notre fidèle et bien aimé illustre et magnifique comte du saint empire romain, *Florimond de Mercy d'Argenteau*, chevalier de l'ordre de la Toison d'Or et chevalier de la première classe de sa majesté apostolique de l'ordre distingué de Saint-Etienne, notre chambellan et conseiller intime. Nous l'avons par conséquent choisi et mis en tête de ce travail, lui donnant, par les présentes, plein pouvoir et faculté illimitée de traiter, discuter et arrêter toutes les affaires et les choses quelconques qui peuvent avoir trait à notre service, relativement à la situation présente et future des rapports existant entre nous et le royaume

de France; et en même temps sur tous les prémis, d'avoir des entrevues, de prendre des résolutions, et convenir, et généralement tout conclure en notre nom, avec les ministres de sa sérénissime et très-puissante majesté le roi de Prusse, comme le demande notre union intime, cimentée avec sadite majesté par les nœuds sacrés de l'amitié; et comme il est nécessaire de prévoir tous les événemens possibles, nous substituons en la place du comte de Mercy, pour le cas où il fût distrait de ses fonctions par quelque maladie inopinée (ce qu'à Dieu ne plaise) ou autre empêchement, notre fidèle et bien aimé illustre et magnifique François-Marie Libre, baron de Thugut, chevalier de seconde classe de l'ordre celèbre de Saint-Etienne de sa majesté apostolique, notre conseiller intime, dont nous avons souvent reconnu l'intégrité, la prudence, le zèle infatigable dans notre service et la fidélité à toute épreuve à notre égard, et par la confiance que nous avons en lui, nous lui donnons par les présentes, la même faculté très-ample et illimitée de traiter et conclure en notre nom impérial, royal et archiducal; promettant pour nous, nos héritiers et successeurs d'avoir pour ferme, stable et agréable tout ce qui aura été traité et conclu par nos susdits ministres.

» En foi et pour assurance de quoi, nous avons signé de notre main, et avons fait munir de notre sceau impérial, royal et archiducal, ces présentes dépêches, de notre plein pouvoir ».

Le 6 mars 1794, le comte de Mercy d'Argenteau, se qualifiant de *ministre plénipotentiaire de S. M. l'empereur, pour les affaires de la présente guerre, ci-devant son ambassadeur en France*, fit à Bruxelles un Testament olographe par lequel il institua légataire universel François-Joseph-Charles-Marie d'Argenteau, l'un de ses parens paternels, mais qui n'était pas son héritier *ab intestat*.

Bientôt après, la bataille de Fleurus décida du sort de la Belgique en faveur de la France. Le comte de Mercy d'Argenteau suivit l'armée autrichienne dans sa retraite. Il assista, le 18 juillet 1794, à un conseil de guerre tenu à Saint Trond, pays de Liége. De là, il passa en Hollande, où il reçut de son gouvernement l'ordre de se rendre en Angleterre pour y concerter de nouvelles mesures; et arrivé à Londres, il y mourut le 25 août de la même année.

Son Testament ayant été ouvert, le sieur d'Argenteau, son légataire universel, se mit en possession de tous les biens qu'il avait laissés, et il en jouissait paisiblement, lorsqu'en l'an 8, il fut assigné en délaissement devant le tribunal de première instance de Bruxelles, par la dame de Rodoan, l'une des plus proches parentes maternelles du défunt.

Le sieur d'Argenteau déclina ce tribunal, sur le double fondement qu'il avait son domicile, et que la majeure partie des biens était située dans le département de l'Ourthe; et que le défunt n'ayant pas été domicilié à Bruxelles, ce n'était pas en cette ville que la succession s'était ouverte.

Le 28 prairial an 9, jugement par lequel, statuant sur ce déclinatoire, le tribunal de Bruxelles se déclare incompétent.

La dame de Rodoan appelle de ce jugement, et le 4 frimaire an 10, arrêt qui le confirme,

« Attendu que feu Florimond-Claude Mercy d'Argenteau n'est pas né à Bruxelles, et que ses père et mère n'y étaient pas établis; d'où il suit que Bruxelles n'est pas son domicile d'origine;

» Que le transport de ce domicile primitif dans un autre lieu ne peut s'inférer que du fait d'une habitation réelle prise ailleurs, et de la volonté d'y acquérir domicile; que, de droit, les priviléges résultans en faveur de militaires ou d'enfans de militaires, de la qualité *d'ubique nati* que leur donnaient les lois de la monarchie autrichienne, ne leur enlevaient pas d'ailleurs cet avantage d'un domicile déterminé par celui de famille ou de naissance, quant aux effets civils indépendans du service militaire; que la qualité d'ambassadeur dans plusieurs cours étrangères, dont le défunt a successivement été revêtu, s'oppose à l'idée du changement de domicile primitif dans tout le cours de ces ambassades; que celle de chevalier de la Toison d'Or, et, comme tel, de conseiller d'état près le gouvernement des Pays-Bas, ne l'attachait à cette fonction honoraire, que dans le temps et pour le temps qu'il résidait dans ces provinces; que celle de ministre plénipotentiaire près les gouverneurs généraux des mêmes provinces, n'était que temporaire de sa nature, et n'emportait aussi qu'une simple mission du souverain, qui ne changeait rien au domicile acquis;

» Que ces charges ou fonctions ne prouvent donc pas encore, dans le défunt, le fait de l'intention que lui prête l'appelante, de fixer son domicile à Bruxelles; que cette intention, au surplus, ne doit et ne peut s'inférer que d'un ensemble de circonstances capables de faire présumer, et la renonciation au domicile d'origine, auquel la loi présume que l'homme reste attaché aussi long-temps qu'il n'a suffisamment manifesté l'intention contraire, et le choix d'un autre domicile;

» Que du nombre de ces circonstances, est bien celles du fait de l'habitation dans un au-

tre local, lorsqu'on y a transféré le siége de sa fortune, ou, comme s'expriment les lois, *ubi rerum constitutionem quis fecit*; ce qui n'est pas prouvé au procès de la part de l'appelante, à l'égard du défunt, et ce que n'établissent pas le loyer à terme d'une maison, ni le prétendu délaissement de quelques meubles de très-peu de valeur dans cette maison; que le local de Bruxelles n'est conséquemment pas le lieu de l'ouverture de la succession;

» Et qu'ainsi, la contestation dont il s'agit n'a pu être portée devant le tribunal civil de l'arrondissement de cette ville ».

En floréal an 10, la dame de Rodoan intente une nouvelle action en pétition d'hérédité devant le tribunal de première instance de de Huy; la dame de Gavre, sa co-héritière maternelle *ab intestat*, se joint à elle, et toutes deux concluent 1° à ce que le Testament du 6 mars 1794 (16 ventôse an 2) soit déclaré nul, comme fait à Bruxelles sous l'empire de l'édit perpétuel de 1611, qui n'admet que les Testamens solennels, et proscrit les Testamens olographes; 2° et subsidiairement à ce que, d'après la loi du 17 nivôse an 2, il soit déclaré sans effet, quant aux biens situés dans les départemens de la Seine, du Nord, de la Meuse et de la Moselle.

Au premier chef de ces conclusions, le sieur d'Argenteau oppose trois certificats des 5 octobre 1800, 30 juillet 1801 et 14 août 1802, par lesquels trois ministres de l'empereur d'Allemagne, MM. de Thugut, de Colloredo et de Cobentzell attestent,

« 1° Que Florimond-Claude de Mercy d'Argenteau ne s'est, au temps de la confection de son Testament du 6 mars 1794, ni postérieurement jusqu'à l'époque de son décès, arrivé à Londres le 25 août de la même année, trouvé aux Pays-Bas en aucune autre qualité qu'en celle de ministre plénipotentiaire de sa majesté impériale et royale, adjoint à ses armées pour conduire les négociations que les événemens auraient pu faire naître relativement à la paix ou à la guerre, ainsi qu'il en conste des instructions et pleins pouvoirs déposés aux archives de la chancellerie impériale et royale de cour et d'état, qui lui furent expédiées les 29 septembre 1792, 6 mars 1793, et 15 et 16 juillet 1794;

» 2° Que, selon le principe universel et toujours constamment reçu, un ministre employé extérieurement avec des charges temporaires, n'a et ne peut avoir un domicile externe, mais qu'il est censé le retenir continuellement auprès de sa cour; et qu'en conséquence, le comte de Mercy n'a pu, soit lors de la confection de son Testament en mars 1794, soit lors de son décès en août même année, être aucunement considéré comme une personne assujétie aux coutumes locales de Bruxelles, parce qu'il n'y avait pas un domicile fixe, mais accidentel; et qu'ainsi, il ne pouvait être tenu qu'à suivre les lois en vigueur à Vienne, où il était censé résider, et où les Testamens olographes sont valables, dès qu'ils sont écrits entièrement et soussignés de la propre main des testateurs ».

Il produit également, sous la date du 17 octobre 1800, un acte de notoriété du conseil provincial de la Basse Autriche, portant « qu'un » ministre employé à l'extérieur, avec des charges temporaires, est, suivant le principe connu et généralement reçu, censé continuer et » retenir son domicile auprès de sa cour ».

Et pour écarter les conclusions subsidiaires des dames de Rodoan et de Gavre, au moins quant aux biens des départemens de la Meuse et de la Moselle, il soutient que la loi du 17 nivôse an 2 n'avait pas été publiée, avant la mort du testateur, dans les communes de la situation de ces biens.

Le 25 ventôse an 11, le tribunal de première instance de Huy déboute les dames de Rodoan et de Gavre de leur demande en nullité du Testament, ainsi que de leurs conclusions subsidiaires concernant les biens des départemens de la Moselle et de la Meuse; et condamne le sieur d'Argenteau à leur délaisser la moitié des biens des départemens de la Seine et du Nord.

Les dames de Rodoan et de Gavres appellent de ce jugement.

Le 29 prairial an 12, arrêt par lequel,

« Attendu, 1° qu'il est notoire que feu Mercy d'Argenteau a rempli, dans différentes cours, notamment à celle de France, pendant une longue suite d'années, des missions diplomatiques, dont il avait été chargé par la cour de Vienne; qu'à l'époque du 6 mars 1794, il était ministre plénipotentiaire de l'empereur d'Allemagne, et qu'en signant son Testament, il a pris la qualité de *ministre plénipotentiaire de S. M. I. pour les affaires de la présente guerre*; qu'il était revêtu de pouvoirs illimités, et chargé de traiter avec les puissances étrangères, tant relativement aux opérations de la guerre alors existante, qu'aux négociations de paix éventuelles, comme il résulte du diplôme du 29 septembre 1792; ce qui le mettait en rapport direct, non-seulement avec lesdites puissances ou leurs ministres, mais encore avec les généraux commandant en chef les armées, et nécessitait sa présence près lesdites armées pour en diriger, activer et concerter les opérations; d'où il

s'ensuit qu'il devait jouir des privilèges attachés aux ambassadeurs et aux militaires; qu'ainsi, il a pu tester valablement, sans observer les formalités prescrites par l'art. 12 de l'édit perpétuel de l'an 1611; qu'il était né Liégeois, qu'il avait conservé son domicile d'origine, et que, s'il en avait acquis un autre par l'exercice continu des fonctions d'ambassadeur, ce domicile eût été à Vienne en Autriche, résidence du souverain, dont il était le ministre plénipotentiaire; que, tant au pays de Liége qu'à Vienne, la coutume permettait de faire des Testamens olographes; et que, si c'est une question controversée en jurisprudence, de savoir si un particulier domicilié dans une coutume qui permet les Testamens olographes, peut tester de cette manière, lorsqu'il se trouve accidentellement ailleurs, il est au moins incontestable qu'un ministre plénipotentiaire en mission pour des négociations diplomatiques et pour les affaires d'une guerre, doit jouir de cette faculté dans tous les lieux où il se trouve;

» Attendu 2° que les dames appelantes ont fait signifier, le 27 du courant, un acte par lequel elle demandent à l'intimé des renseignemens sur les biens situés dans la ci-devant Lorraine; qu'à l'audience, elles ont dit que les registres des municipalités avaient été remis aux administrations de cantons; et qu'après la suppression de ces administrations, ils avaient été remis aux archives des sous-préfectures; d'où elles ont conclu que, dans ces registres ou ailleurs, il existait des preuves de la publication faite par les municipalités des départemens de la Meuse et de la Moselle, des lois des 5 brumaire et 17 nivôse an 2; qu'elles ont encore allégué à l'audience, qu'il existait dans les départemens réunis, des fiefs dont feu Mercy-d'Argenteau n'avait pu disposer à leur préjudice à défaut d'octroi; que la question touchant la disponibilité ou l'indisponibilité d'une partie des biens de ladite succession, et touchant les droits que les dames appelantes y réclament, n'est pas suffisamment instruite;

» La cour (d'appel de Liége) met l'appellation au néant, en ce qui concerne la validité du Testament olographe de feu Claude-Florimond Mercy d'Argenteau, en date du 6 mars 1794; ordonne, quant à ce point, que le jugement dont est appel, recevra son exécution; avant de faire droit sur les autres chefs des conclusions des dames appelantes, et sans rien préjuger, ordonne à l'intimé d'indiquer, sous due affirmation, les lieux de la situation des biens de ladite succession qui se trouvent dans les départemens de la Meuse et de la Moselle; ce fait, ordonne aux dames appelantes de prouver que les lois des 5 brumaire et 17 nivôse an 2 auraient été publiées par les municipalités desdits lieux avant le décès de Mercy d'Argenteau; leur ordonne, en outre, d'individuer les biens fiefs indisponibles de ladite succession auxquels elles prétendent droit; le tout dans le délai de deux mois, à dater de la signification du présent arrêt ».

Les dames de Rodoan et de Gavre se pourvoient en cassation contre cet arrêt.

« Elles soutiennent (, ai-je dit à l'audience de la section des requêtes, le 28 ventôse an 13),

» 1° Qu'en déclarant valable un Testament olographe fait à Bruxelles le 6 mars 1794, il a violé les dispositions de l'édit perpétuel de 1611; que l'auteur de ce Testament pouvait d'autant moins se soustraire à ces dispositions, qu'il était domicilié à Bruxelles même; qu'eût-il été domicilié à Vienne ou à Liége, il n'eût pas davantage été en son pouvoir de tester à Bruxelles dans la forme olographe; qu'en effet, la règle générale *locus regit actum*, s'applique aux Testamens olographes comme aux Testamens solennels; que telle est l'opinion la plus commune des auteurs et la jurisprudence constante des arrêts; que cette règle dérive du droit des gens, et que par conséquent les ambassadeurs y sont soumis comme les particuliers; que d'ailleurs, le comte de Mercy d'Argenteau n'était pas revêtu du caractère d'ambassadeur; que, quand même il l'eût été, il n'aurait pas pu jouir à Bruxelles dans les propres Etats de son commettant, des privilèges attachés à ce caractère; que, dans l'exacte vérité, il n'était chargé par l'empereur d'Allemagne, que d'une mission secrète; et qu'au surplus, cette mission, quoique relative à la guerre qui existait alors entre la république française, l'Autriche et ses alliés, n'avait pas rangé le comte de Mercy d'Argenteau dans la classe des militaires, et ne lui avait pas donné le droit de tester militairement;

» 2° Qu'en leur ordonnant de prouver la publication de la loi du 17 nivôse an 2 dans certaines communes des départemens de la Meuse et de la Moselle, avant la mort du testateur, l'arrêt a faussement appliqué les dispositions de la loi du 2 novembre 1790; qu'elles ont prouvé devant la cour d'appel, que la loi du 17 nivôse an 2 avait été publiée tant aux administrations centrales qu'aux tribunaux de district desquels ressortissaient ces communes; qu'il n'en fallait pas davantage pour établir que cette loi y était obligatoire.

» Le premier de ces moyens est très-com-

plexe, et présente à votre examen plusieurs questions.

» La première est de savoir où était le domicile du comte de Mercy d'Argenteau, au moment où il a fait à Bruxelles le Testament dont il s'agit.

» Suivant les demanderesses, ce domicile était alors fixé à Bruxelles même; cela résulte du bail par lequel, dès le 26 février 1792, il avait pris à loyer, pour neuf ans, une maison située en cette ville; et la cour d'appel de Liége a violé toutes les lois de la matière, en jugeant qu'il n'y était pas domicilié.

» Mais d'abord, comment la cour d'appel de Liége aurait-elle pu juger le contraire, par rapport à l'une des demanderesses, la dame de Rodoan? Il était décidé contre elle, par un arrêt que la dame de Rodoan n'avait jamais attaqué, par l'arrêt du 4 frimaire an 10, que ni le bail du 26 février 1792, ni les autres circonstances dont elle se prévalait devant la cour d'appel de Liége, n'avaient constitué au comte de Mercy d'Argenteau, un domicile proprement dit dans la ville de Bruxelles.

» Ensuite, il est vrai que, par rapport à la dame de Gavre, la question était encore entière devant la cour d'appel de Liége; mais quelles lois cette cour aurait-elle pu violer, en la jugeant contre la dame de Gavre, de la même manière que l'avait jugée, contre la dame de Rodoan, la cour d'appel de Bruxelles? Le domicile est plus de fait que de droit: il tient, à la vérité, au droit pour la détermination du caractère que doivent avoir les circonstances desquelles on peut induire que tel homme est ou n'est pas domicilié dans tel lieu; mais il ne tient qu'au fait, pour la décision du point de savoir si ce caractère se rencontre dans telles ou telles circonstances; et tout jugement en dernier ressort qui décide que telles ou telles circonstances caractérisent ou ne caractérisent pas un domicile, est par cela seul à l'abri de la cassation. C'est sur ce fondement que, par arrêt du 13 thermidor an 12, rendu au rapport de M. Lombard et sur nos conclusions, vous avez rejeté la demande du sieur Dubois-Latouche en cassation d'un arrêt de la cour d'appel de Paris, qui, sur une action en divorce intentée contre lui par son épouse, avait jugé qu'il était domicilié dans le département de la Seine, et non, comme il le soutenait armé de plusieurs pièces qui paraissaient décisives en sa faveur, dans le département d'Indre et Loire; et vous avez motivé le rejet de cette demande sur la considération, *que la cour d'appel de Paris avait pu, sans contrevenir à l'art. 9 de la loi du 20 septembre 1792, ni à l'art. 3 du tit. 2 de l'ordonnance de 1667, juger en fait, d'après les actes particuliers au sieur Dubois-Latouche et à la dame Dubreton, que celui-là était domicilié à Paris.*

» Nous devons donc regarder la question du Domicile du feu comte de Mercy, comme légalement et justement décidée par la cour d'appel, au désavantage des demanderesses; nous devons donc tenir pour vérité constante et irréfragable, que le feu comte de Mercy était domicilié, soit dans le pays de Liége, soit à Vienne.

» Mais, à cette question en succède une autre plus importante. Le feu comte de Mercy n'était pas domicilié à Bruxelles; mais c'est à Bruxelles qu'il a fait le Testament litigieux; or, a-t-il pu s'écarter de la loi de Bruxelles, c'est-à-dire, de l'édit perpétuel de 1611, relativement aux solennités requises dans les dispositions à cause de mort? A-t-il pu, dans un lieu soumis à l'édit perpétuel de 1611, tester dans la forme olographe que cette loi ne reconnaît pas (1).

» La cour d'appel de Liége aurait pu, en jugeant comme elle l'a fait pour l'affirmative, motiver son arrêt d'une manière qui l'eût rendu inattaquable par la voie de la cassation. Elle aurait pu dire: *Le comte de Mercy était domicilié, ou dans la coutume de Liége, qui admet les Testamens olographes, ou dans la ville de Vienne, dont la loi les admet également. Or, la faculté de tester dans la forme olographe, ne dépend que de la loi du domicile; et le testateur qui l'a reçue de sa loi domiciliaire, la porte, la conserve partout où il se trouve. Donc le Testament olographe que le comte de Mercy a fait à Bruxelles, est tout aussi valable que s'il l'eût fait à Liége ou à Vienne.*

» Ce n'est pas qu'on ne puisse critiquer la mineure de cet argument; ce n'est pas que les raisons et les autorités soient en défaut pour établir que la règle *locus regit actum*, s'applique aux Testamens olographes comme aux Testamens solennels. Mais on ne manque pas non plus de raisons et d'autorités pour soutenir l'opinion contraire.

» On peut dire notamment que, même depuis l'ordonnance de 1735, les arrêts ont perpétuellement affranchi les Testamens olographes de la nécessité de la date du lieu; et il est assez naturel d'en conclure que ce n'est pas de la loi du lieu où l'on écrit, où l'on signe une pareille disposition, que l'on tient le droit de tester dans cette forme, puisqu'autrement il serait impossible de constater si, en testant

(1) V. ci-après, §. 4, art. 1.

dans cette forme, on a fait une chose permise ou défendue par la loi du lieu où l'on a testé.

» On peut dire encore que le parlement de Provence le jugeait ainsi constamment, et que la preuve en est consignée dans un acte de notoriété du parquet de cette cour, du 14 juin 1719, rapporté par la Touloubre, page 190.

» On peut dire enfin que tel est l'avis, non pas, si l'on veut, de Ricard, qui a dit là-dessus le pour et le contre, mais de Boullenois, dans son *Traité des statuts personnels et réels*, tome 2, page 78; et qu'il a été érigé en loi par l'art. 999 du Code civil.

» Et quoique cette opinion ait été rejetée par trois arrêts du parlement de Paris, le premier du 10 mars 1620, le second du 14 juillet 1722, le troisième rendu en 1777 (1); quoiqu'avant la publication du Code civil, nous eussions eu personnellement de la peine à l'adopter, elle était cependant, alors même, assez probable pour que la cour d'appel de Liége eût pu, sans aucun risque, en faire la base de son arrêt; puisqu'à tout prendre, en l'embrassant de préférence, cette cour n'aurait pas eu à craindre le reproche d'avoir violé formellement la loi du lieu où avait été passé le Testament du comte de Mercy, mais seulement celui d'avoir jugé que les Testamens olographes ne sont pas soumis à la règle *locus regit actum*, celui d'avoir décidé dans un sens plutôt que dans un autre, une question très-controversée, et sur laquelle le législateur avait jusqu'alors laissé une libre carrière aux divers sentimens des jurisconsultes et des magistrats.

» Mais la cour d'appel de Liége n'a pas raisonné à cet égard, comme elle eût pu le faire. Par cela même que la question était très-controversée, elle a voulu la laisser indécise; et, tout en annonçant qu'elle pouvait, sans enfreindre aucune loi, maintenir le Testament olographe du comte de Mercy, par la seule raison qu'il était conforme à la loi de son domicile, elle a puisé, dans les circonstances politiques dans lesquelles se trouvait le comte de Mercy au moment de la confection de son Testament, deux motifs particuliers qui lui ont paru suffisans pour justifier le maintien de cet acte.

» Le testateur, a-t-elle dit, avait à Bruxelles deux caractères qui devaient affranchir son Testament des formalités prescrites par la loi de cette ville.

» Comme ministre plénipotentiaire et diplomatique de l'empereur d'Allemagne, il conservait le droit de tester suivant la loi de son domicile, et, par conséquent, dans la forme olographe.

» Comme chargé par le même monarque, de diriger les opérations de son armée contre la république française, il jouissait du droit de tester militairement; et l'on sait que les Testamens olographes sont partout permis aux militaires.

» C'est contre ces deux motifs que s'élèvent les demanderesses : elles les trouvent erronés en fait, et inconséquens en droit.

» Dans le fait, disent-elles, le comte de Mercy n'était à Bruxelles, lorsqu'il y a fait son Testament, ni comme ambassadeur, ni comme militaire.

» Il n'y était pas comme ambassadeur, puisqu'il n'en avait pas le titre, puisqu'il n'était envoyé près d'aucune puissance étrangère, puisqu'il n'était chargé que d'une mission particulière et secrète; puisqu'enfin le prétendu diplôme du 19 septembre 1792, qui lui conférait cette mission, n'a pas même d'existence certaine, et qu'aucun acte de légalisation n'en constate l'authenticité.

» Il n'y était pas comme militaire, puisqu'il n'avait aucun grade dans l'armée autrichienne, puisqu'il n'était muni d'aucun brevet qui l'attachât à cette armée, puisqu'aucun acte émané de la cour de Vienne, ne plaçait les généraux de cette armée sous ses ordres; puisqu'enfin il n'était pas compris dans l'état militaire de l'Autriche....

» Reprenons chacune de ces propositions.

» La première est vraie dans le sens étroit que l'on attache, en diplomatie, à l'ambassade proprement dite. Le comte de Mercy n'était pas investi par le diplôme de l'empereur d'Allemagne, du 29 septembre 1792, du droit de le représenter éminemment dans sa personne, dans sa dignité, dans son rang; il n'était donc pas son ambassadeur, en prenant ce mot dans sa signification littérale. Mais il était chargé de négocier et d'agir pour ce monarque, et c'en était assez pour le ranger dans la classe des *ministres publics*. Or, quelle différence y a-t-il, pour les priviléges que le droit des gens attache au caractère diplomatique, entre le ministre public du premier rang, que l'on est convenu d'appeler *ambassadeur* ou *légat*, et le ministre public d'un ordre inférieur, que l'on désigne, tantôt sous le nom de *ministre plénipotentiaire*, tantôt sous celui d'*envoyé*, tantôt sous celui de *résident*, tantôt sous la simple dénomination de *ministre*? Aucune. Tous sont, à cet égard, assimilés les uns aux autres : et c'est une vérité si constante, que les simples almanachs même l'ont, pour ainsi dire, rendue triviale.

(1) *V* ci-après, §. 4, art. 1.

» Qu'importe, au surplus, que le comte de Mercy ne fût pas envoyé dans une cour étrangère et auprès d'un gouvernement étranger? Le diplôme du 19 septembre 1792 le chargeait de négocier avec les ministres du roi de Prusse; ce diplôme lui conférait donc une mission diplomatique, et, par conséquent, ou le caractère d'ambassadeur, en donnant à ce mot le sens le plus large, ou ce qui revient absolument au même, le caractère de ministre public.

» Tous les auteurs ne nous disent-ils pas que l'on distingue deux sortes d'ambassades; que l'une consiste dans le mandat par lequel une nation ou un monarque charge une ou plusieurs personnes de se rendre auprès d'une autre nation ou d'un autre monarque pour traiter de ses affaires; que l'autre est la commission en vertu de laquelle une ou plusieurs personnes négocient dans un lieu convenu, au nom d'une nation ou de son gouvernement, avec les mandataires d'un autre gouvernement ou d'une autre nation? Lorsqu'en l'an 3, le comte d'Hardenberg et le chevalier d'Yriarte vinrent à Bâle, l'un au nom du roi de Prusse, l'autre au nom du roi d'Espagne, négocier la paix avec l'ambassadeur de la république française en Suisse, n'y apportèrent-ils pas le caractère de ministres publics, tout aussi bien que s'ils fussent venus, pour le même objet, à Paris? Et n'en fut-il pas de même des ministres de l'empereur d'Allemagne, lorsqu'en l'an 5, ils négocièrent la paix à Campo-Formio, lorsqu'en l'an 9, ils la négocièrent à Lunéville?

» Ce n'est pas avec plus de fondement que les demanderesses qualifient de *mission secrète*, celle qui était confiée au comte de Mercy par le diplôme du 19 septembre 1792. Ni ce diplôme, ni aucun autre acte, ne justifient une pareille qualification. Elle est d'ailleurs en opposition diamétrale, et avec la publicité que tous les journaux du temps ont donnée à la mission du comte de Mercy, et avec le titre exprès que le comte de Mercy a pris dans son Testament, de *ministre plénipotentaire de S. M. l'empereur pour les affaires de la présente guerre*, et avec les certificats de MM. de Thugut, de Collorédo et de Cobentzel, ministres d'Autriche, qui assurent que le comte de Mercy *ne s'est, au temps de la confection de son Testament..... trouvé aux Pays-Bas en aucune autre qualité qu'en celle de ministre plénipotentiaire de S. M. I. et R., adjoint à ses armées, pour conduire les négociations que les événemens auraient pu faire naître, relativement à la paix ou à la guerre.*

» Enfin, messieurs, nous ne pouvons pas davantage nous arrêter à la dénégation que les demanderesses viennent faire pour la première fois à cette audience, par une requête non visée au greffe, de l'authenticité du diplôme du 19 septembre 1792. Les moyens que les demanderesses ont employés devant la cour d'appel de Liége, sont retracés fort au long dans l'arrêt de cette cour, et nous n'y voyons pas qu'elles aient dit un seul mot pour critiquer la forme dans laquelle était produit ce diplôme. Elles ont donc, devant la cour d'appel de Liége, reconnu la régularité de cette production; elles ont donc alors reconnu l'authenticité de la copie du diplôme du 19 septembre 1792, qui est sous vos yeux. Elles ne sont donc plus recevables à soutenir devant vous que cette copie ne doit pas être considérée comme authentique. Et, d'ailleurs, quand ce diplôme ne serait pas produit, n'y serait-il pas suffisamment suppléé par les trois certificats des ministres d'Autriche, qui en attestent l'existence, et qui assurent que la minute en est déposée dans les archives de la chancellerie d'état de Vienne?

» Ainsi des deux propositions des demanderesses, en voilà déjà une qui ne peut se soutenir. Examinons maintenant la seconde.

» Le comte de Mercy n'était attaché par aucun grade à l'armée autrichienne; il n'y était ni soldat, ni officier, ni général; son nom n'était même pas compris dans l'état militaire d'Autriche; tout cela est vrai. Donc il n'avait pas, à Bruxelles, les priviléges de militaire, lorsqu'il y a fait son Testament: cette conséquence n'est pas exacte; et déjà vous la voyez démentie par les certificats des trois ministres autrichiens que nous venons de citer.

» Le comte de Mercy, disent-ils, était *adjoint aux armées* de l'empereur d'Allemagne. Or, pouvait-il être *adjoint aux armées*, et n'être pas assimilé aux militaires?

» Non-seulement les lois émanées de nos assemblées nationales en 1791, en l'an 2, en l'an 3, en l'an 4, en l'an 5, ont constamment assimilé aux militaires, les personnes attachées aux armées ou employées à leur suite; mais tel a toujours été également le vœu des lois particulières à la Belgique.

Le recueil des placards de Brabant nous offre, tome 2, liv. 3, tit 1, chap. 8, une ordonnance du 27 mai 1596, dont l'art. 24 contient une mesure générale pour les contestations entre les *gens de guerre* et *ceux qui suivent l'armée*; et dont l'art. 61 ajoute que les dispositions de cette ordonnance sont communes aux *généraux, mestres de camp, officiers, capitaines, et toutes personnes à la suite de l'armée.*

» Dans le même recueil, tome 9, liv. 2, tit. 1, chap 10, nous trouvons un édit du 3 mars 1736, qui range sous la juridiction ecclésiastique militaire, une foule de fonctionnaires et d'employés qui ne font point partie de l'armée, et ne sont qu'attachés à sa suite.

» Et avant cet édit, des doutes s'étant élevés sur la question de savoir si un *concipiste* ou secrétaire de la chancellerie de guerre des Pays-Bas, était réputé militaire, et, comme tel, exempt de la juridiction des tribunaux ordinaires, il intervint, le 17 mars 1741, un *décret* qui prononça en ces termes : *Sur la remontrance faite à son altesse sérénissime par Philippe Grebin, concipiste de la chancellerie de guerre de sa majesté aux Pays-Bas autrichiens, au sujet de l'action intentée contre lui pardevant ceux du magistrat de Bruxelles, par Jaques Collin, pour obliger ledit Grebin de sortir de la maison appartenant présentement audit Collin, et que le remontrant occupait en vertu d'un bail passé en 1737, entre lui et le nommé Sythof, lors propriétaire de ladite maison; suppliant qu'eu égard aux privilèges dont les militaires jouissent, il soit interdit à ceux du même magistrat de connaître de ce différend; son altesse, voulant mettre fin à cette difficulté et autres pareilles qui surviennent de temps à autre, au sujet des actions à intenter contre des personnes qui sont de condition militaire, et prévenir pour l'avenir ces sortes de difficultés, a déclaré et déclare par cette, que toutes les actions de l'espèce ci-dessus mentionnée, et généralement toutes autres actions personnelles, ne pourront être intentées ailleurs que pardevant le juge militaire, à charge de ceux qui sont de condition militaire.* Ce décret est inséré dans le recueil déjà cité, tome 9, liv. 1, tit. 1, chap 11.

» Mais, dit on, le diplôme du 19 septembre 1792 n'attribue au comte de Mercy aucune fonction relative à la guerre; il ne l'adjoint pas aux armées de l'Autriche; il donne par conséquent un démenti formel aux certificats des trois ministres de l'empereur d'Allemagne, qui représentent le comte de Mercy, non seulement comme ministre plénipotentiaire de ce prince, mais encore comme *adjoint à ses armées.*

» Vaine défaite. Le diplôme du 19 septembre 1792 n'est pas le seul qui ait été expédié au comte de Mercy. Les certificats des trois ministres attestent qu'il lui en a encore été expédié trois autres, sous les dates des 16 mars 1793, 16 et 17 juillet 1794; et c'est d'après ces pièces, dont les minutes, disent-ils, sont *déposées aux archives de la chancellerie impériale et royale de cour et d'Etat,* qu'ils déclarent que le comte de Mercy était adjoint aux armées autrichiennes, *au temps de la confection de son Testament.*

» Oserait-on dire que leur assertion ne doit pas faire foi par elle-même, et que, pour la justifier, il faudrait produire les diplômes auxquels elle se réfère? Il est vrai qu'en thèse générale, *non creditur referenti, nisi constet de relato.* Mais cette maxime est certainement inapplicable aux actes diplomatiques : quand un gouvernement use du droit qu'il a de ne pas les communiquer aux particuliers, les droits des particuliers ne doivent pas en souffrir; et l'existence de ces actes est alors suffisamment prouvée, par cela seul qu'elle est attestée par les ministres de ce gouvernement.

» Mais, objecte-t-on encore, si les diplômes dont il s'agit, avaient eu pour objet des opérations militaires, ce n'est pas la chancellerie d'Etat, c'est la chancellerie de guerre qui les aurait expédiés.

» Comme si un monarque, aussi absolu que l'empereur d'Autriche, ne pouvait pas, pour des considérations majeures, déroger, par sa seule volonté, à une aussi vaine étiquette! Comme si un général autrichien, à la vue d'un acte revêtu de la signature de son maître, eût osé se dispenser d'y obéir, sous le prétexte que ce n'était pas telle chancellerie, plutôt que telle autre, qui en eût fait l'expédition! Comme si, même sous la constitution de l'an 3, un général français, à qui le ministre des relations extérieures aurait adressé un arrêté du directoire exécutif, eût pris sur lui de n'y pas déférer, sous le prétexte que cet arrêté ne lui était pas transmis par le ministre de la guerre!

» Mais enfin, dit-on encore, ce n'est pas aux archives de la chancellerie de guerre, c'est aux archives de la chancellerie d'Etat, qu'a été déposée la minute du Testament du comte de Merçy; et sans le changement de domination qui est survenu par suite des victoires des armées françaises, la connaissance de ce Testament aurait pu appartenir, non au conseil aulique de la guerre, mais au conseil aulique des nobles.

» Qu'est-ce que tout cela prouve? Que le comte de Marcy n'était pas adjoint aux armées autrichiennes? Le contraire est démontré par trois certificats officiels, donnés d'après des diplômes impériaux; et ce n'est point par des argumentations plus ou moins subtiles, que l'on peut détruire un fait aussi authentiquement constaté. D'ailleurs, le comte de Mercy avait deux qualités : l'une principale, celle de ministre diplomatique de l'empe-

reur d'Autriche ; l'autre accessoire, celle d'adjoint aux armées ; et il est tout simple que, pour déterminer la compétence des juges qui pouvaient connaître de son Testament, on eût égard à sa qualité principale, plutôt qu'à sa qualité accessoire. Les membres de la convention nationale, qui, en 1793, en l'an 2 et en l'an 3, étaient envoyés en mission près les armées, n'étaient certainement pas soumis à la juridiction des tribunaux militaires. Cependant, qui est-ce qui aurait eu alors la pensée de leur contester le droit de tester militairement ? Quel est le tribunal qui eût osé déclarer nuls les Testamens qu'ils auraient faits militairement dans de pareilles circonstances ?

» Tenons donc pour constant que la cour d'appel de Liége n'a pas erré en fait, quand elle a dit, dans l'arrêt attaqué, que le comte de Mercy était, au temps de la confection de son Testament, chargé d'une mission qui *le mettait en rapport direct*, et *avec les puissances étrangères* intéressées à la guerre contre la république française, et *avec les généraux commandant en chef* les armées autrichiennes, que cette mission *nécessitait sa présence près de ces armées, pour en diriger, activer et concerter les opérations* ; et que conséquemment *il devait jouir des priviléges attachés aux ambassadeurs et aux militaires.*

» Mais, de ce que le comte de Mercy existait à Bruxelles comme ambassadeur, s'ensuit-il qu'il a pu tester, à Bruxelles, suivant la forme autorisée, soit par la loi de Liége, son domicile d'origine, soit par la loi de Vienne, son domicile de dignité ? De ce qu'il existait à Bruxelles comme militaire, s'ensuit-il qu'il a pu tester, à Bruxelles, dans la forme permise aux soldats qui sont ce qu'on appelle en droit, *in expeditione* ? Voilà deux questions importantes ; entrons, sur chacune, dans les développemens qu'elles exigent.

» La première se subdivise en deux branches : 1° En thèse générale, un ambassadeur qui fait son Testament dans un pays étranger au gouvernement qu'il représente, est-il obligé de suivre, pour la forme, la loi ou la coutume de ce pays ? 2° Le comte de Mercy était-il, à Bruxelles, dans un pays étranger au prince qui l'y avait envoyé ?

» Q'un ambassadeur puisse, dans le pays étranger où il remplit sa mission, faire son Testament dans la forme admise par la loi de son domicile, c'est, selon nous, la conséquence directe de cette fiction du droit des gens, que l'ambassadeur est réputé absent du pays où il réside, que sa personne, sa maison tout ce qui lui appartient en sa qualité, est censé exister, non dans le lieu où il vit, mais dans les États du gouvernement qu'il représente. *Les peuples* (dit Grotius, dans son Traité *de jure belli et pacis*, traduit par Barbeyrac, liv. 2, chap. 18, §. 4) *ont trouvé bon de faire, en la personne des ambassadeurs, une exception à la coutume reçue partout, de regarder, comme soumis aux lois du pays, tous les étrangers qui se trouvent dans les terres de la dépendance d'un Etat ; de sorte que, selon le droits des gens, comme un ambassadeur représente par une sorte de fiction, la personne même de son maître, il est aussi regardé, par une fiction semblable, comme hors des terres de la puissance auprès de qui il exerce ses fonctions ; et de là vient qu'il n'est pas tenu d'observer les lois civiles du pays étranger où il demeure en ambassade.*

» Nous ne connaissons qu'un seul auteur qui, de ce principe universellement reçu, se refuse à conclure que le Testament d'un ambassadeur est exempt des formes prescrites par la loi du pays étranger où il le fait. C'est Prost de Royer, dans la nouvelle édition du *Dictionnaire des arrêts*, de Brillon, au mot *Ambassadeurs*, n° 64. Voici ses termes : *Le ministre étranger peut faire, dans l'État où il réside, tous les actes et contrats permis à l'étranger, en observant toutefois deux principes remarquables : pour la forme, il faut se conformer, non aux lois de son pays, mais à celles de l'État où l'on réside, et du lieu même où l'acte se passe, suivant l'axiôme du droit romain*, locus regit actum; *pour le fond, il faut suivre les lois et coutumes du pays de l'ambassadeur, et du lieu où les biens sont situés ; c'est-à-dire, par exemple, que si le ministre d'Angleterre fait son Testament, il doit disposer suivant la jurisprudence anglaise.*

» Le même auteur avait cependant dit plus haut, n° 54, que l'*ambassadeur est, à l'égard du pays qu'il habite, dans une espèce d'interdiction pour tout ce qui est du droit civil;* et il semblait que ce principe devait le conduire, par rapport à la forme des Testamens, à un résultat tout différent de celui qu'il adopte. Du reste, il ne motive pas l'exception qu'il apporte à ce principe, relativement aux dispositions testamentaires ; et c'est déjà pour nous une grande raison de nous défier de cette exception.

» Aussi est-elle rejetée par tous les jurisconsultes qui se sont occupés de cet objet.

» En expliquant la loi 13, §. 1, D. *qui testamenta facere possint*, laquelle dit que,

qui apud externos legatione funguntur, testamentum facere possunt, la grande glose remarque que les ambassadeurs peuvent, en pays étranger, faire leurs Testamens dans la forme prescrite par la loi de leur domicile, *secundùm civitatis suæ jura.*

» Godefroy, dans sa note sur la même loi, dit également qu'en pays étranger, les ambassadeurs peuvent tester *secundùm suas leges, jure suo*; et il cite Bartole, Ferret, Cujas, comme professant la même doctrine.

» Ulric Huber, dans son Traité *de jure civitatis*, liv. 3, chap. 8, §. 4, dit que, d'après le principe qui répute les ambassadeurs placés hors du territoire où ils résident, on doit regarder comme valables les Testamens et les contrats qu'ils y font, sans observer les formes prescrites par la loi : *quo imprimis firmatur quod anteà dictum, legatos quasi extrà territorium constitutos videri; undè si Testamentum fecerint, si contractum iniverint, non in formâ statuti illius loci in quo legationis causâ commorantur, actus isti nihilominùs valebunt.*

» Hertius, chancelier de l'université de Giessen, en Hesse, dans son Traité *de collisione legum*, sect. 4, §. 10, rappelle la maxime générale que, *si lex actui dat formam, inspiciendus est locus actûs, non domicilii, non rei sitæ; id est, si de solemnibus quæratur, hujus loci habenda est ratio ubi actus celebratur.* Mais, ajoute-t-il, cette règle est sans effet dans plusieurs cas : et d'abord, elle cesse si l'étranger qui fait un acte dans un lieu, est, par une juste cause, affranchi de la loi civile du pays où il se trouve; tels sont les ambassadeurs et les personnes de leur suite. *Non valet* 1° *si externus ob certam aliquam justamque causam legi civili populi apud quem moratur, non si obstrictus, ut legati eorumque comites.* Car il n'est ni nécessaire ni utile d'astreindre les ambassadeurs et les personnes de leur suite, à l'observation des lois civiles du pays où ils résident; et tel est l'usage, comme le prouve un exemple très-récent, que l'on trouve dans le *Traité du droit public universel* d'Huber, chap. 12, §. 21 : *Eos ad observationem legum civilium adstringere, nec necessarium est nec utile, et hoc usu servari recentissimo exemplo probat Huberus.*

» Il revient sur cette matière, au §. 31; et voici la question qu'il propose.

» Une personne attachée à un ambassadeur, meurt dans la ville même de l'ambassade, après y avoir fait un Testament, dans lequel il n'a observé ni la forme établie dans cette ville, ni celle de sa patrie. Ce Testament doit-il avoir son effet, ou au moins dans le cas où la volonté du testateur peut être prouvée par écrit : *Legati cujusdam comes moritur in loco legationis, ubi fecit Testamentum, sed non secundùm statuta illius loci, nec secundùm leges patriæ; quæritur an Testamentum subsistat, si voluntas ejus saltem per scripturam probari possit?*

» Pour résoudre cette question, dit Hertius, il faut se reporter à la première des exceptions par lesquelles nous avons ci-dessus limité la règle qui fait le sujet de notre §. 10 : *Decisio hujus casûs sumenda est ex limitatione primâ quam regulæ in §. 10 subjunximus.* Car, s'il est vrai que les ambassadeurs ne sont pas soumis aux lois du pays où ils résident, s'il est vrai que les personnes de leur suite jouissent du même privilége (deux propositions que Grotius a mises dans le plus grand jour), s'il est vrai, enfin, qu'un Testament fait hors de l'État qui en a député l'auteur avec le caractère de ministre public, ne peut pas être régi, quant à sa forme, par les lois de cet État; il est impossible de ne pas convenir qu'un pareil Testament doit être jugé d'après les seules notions du droit naturel, et que par conséquent il doit être maintenu : *Nam si verum est legatos legibus illius civitatis, in quâ morâm trahunt, non esse subjectos, et eorum comites eorum jure gaudere, quod utrumque Grotius docuit; actus autem testandi, velut extrà rempublicam quæ legatum misit, celebratus, ejus regi legibus nequit; nihil restat quàm ut dicamus de Testamenti hujus valore ex jure naturali judicandum, et pro validitate ejus pronunciandum esse.* Il est à remarquer d'ailleurs, continue Hertius, que Grotius, consulté sur cette question même, l'a ainsi résolue : *in hanc sententiam consultus respondit idem Grotius*, comme on le voit dans le recueil des consultations hollandaises, part. 3, chap. 241.

» Même doctrine dans le commentaire de Voët, sur le Digeste, liv. 28, tit. 1, n° 14 : *Annotandum*, dit-il, *exemplo militum in expeditione occupatorum, etiam legatos ad exteras gentes missos, eorumque comites ac ministros, non inutiliter testari durante absentiâ et in locis peregrinis commoratione, secundùm simplicem juris gentium solemnitatem, neglectis solemnibus tùm loci quo morantur, tùm domicilii undè absunt legationis causâ.*

» Ainsi, nul doute que le comte de Mercy n'eût pu, pendant sa mission en Hollande ou en Angleterre, tester valablement et en toute sûreté, sans s'astreindre, soit aux formes bataves, soit aux formes britanniques. Affranchi par son caractère d'ambassadeur, des lois civiles de la Hollande et de l'Angleterre, il n'au-

rait pas plus été obligé de le suivre pour son Testament, que pour tout autre acte.

» Mais ce qu'il eût pu faire à Amsterdam ou à Londres, a-t-il pu le faire à Bruxelles? Ou, en d'autres termes, a-t-il pu, étant à Bruxelles, le 6 mars 1794, s'y considérer comme étant en pays étranger?

» Au premier aspect, il semble que Bruxelles était pour lui, en 1794, ce qu'étaient en l'an 5, en l'an 9 et en l'an 10, les villes de Lille, de Lunéville et d'Amiens pour les plénipotentiaires français qui allèrent y traiter avec les plénipotentiaires d'Autriche et d'Angleterre : et de même que les plénipotentiaires français auraient été soumis aux lois de Lille, de Lunéville et d'Amiens, s'ils avaient voulu y faire leurs Testamens de même aussi, il semble que le comte de Mercy n'a pas pu, quoique ministre public de l'empereur d'Allemagne, faire son Testament à Bruxelles, sans observer les formes bruxelloises.

» Mais la comparaison est-elle bien exacte? Les plénipotentiaires français, qui, en l'an 5, en l'an 9 et en l'an 10, se rendirent par ordre du Gouvernement, à Lille, à Lunéville et à Amiens, ne quittèrent point l'État dans lequel ils étaient domiciliés, l'État dont le Gouvernement les députait en ces villes; ces villes faisaient partie d'un État homogène dont ils étaient citoyens; en arrivant dans ces villes, ils se trouvaient toujours dans leur patrie. Peut-on en dire autant du comte de Mercy, chargé à Bruxelles, en 1794, d'une mission diplomatique par l'empereur d'Allemagne, archiduc d'Autriche, roi de Bohême et de Hongrie, et en cette qualité, muni d'un diplôme scellé, non du sceau ducal de Brabant, mais, comme il le porte en toutes lettres, *du sceau impérial, royal et archiducal.*

» Pour répondre à cette question, une autre comparaison nous devient nécessaire.

» Un congrès se forme à Neufchâtel en Suisse : le roi de Prusse y envoie de Berlin un ambassadeur, pour traiter avec ceux qu'y envoient, de leur côté, d'autres puissances. Quelle sera à Neufchâtel la condition de l'ambassadeur prussien? Y sera-t-il étranger, comme les ambassadeurs de France, d'Autriche, d'Espagne? Et pourra-t-il, en conséquence, comme ceux-ci, faire en cette ville un Testament dans lequel il n'observera que les formes prussiennes? Oui sans doute, et pourquoi? Parceque le roi de Prusse ne possède pas Neufchâtel comme portion intégrante de ses autres États, parcequ'il est souverain de ses autres États, tandis qu'à Neufchâtel il n'est que le chef du pouvoir exécutif, parceque ses sujets prussiens ne jouissent pas à Neufchâtel du droit de cité; parceque, par la différence de leurs constitutions, la Prusse et Neufchâtel sont, quoique possédées par le même prince, des États aussi étrangers l'un à l'autre, que la France l'est à l'Espagne, que l'Espagne l'est à l'Angleterre.

» Eh bien! Ce qu'est Neufchâtel par rapport à la Prusse, le Brabant l'était en 1794 par rapport à l'Autriche. C'est une vérité très-connue de tous ceux qui ont étudié la constitution de ce pays.

» Les monumens les plus anciens et les plus modernes nous représentent le Brabant comme un État dans lequel l'exercice de la souveraineté était partagé entre le prince et la nation.

» Sans remonter au-delà de Charles-Quint, nous voyons que, si, par la transaction d'Augsbourg, du 26 juin 1548, les Pays-Bas furent érigés en cercle de Bourgogne, ce ne fut que du consentement des États de ces diverses provinces et notamment du duché de Brabant; et encore Nény remarque-t-il, dans *ses Mémoires historiques et politiques sur les Pays-Bas autrichiens*, imprimés à Bruxelles en 1786, chap. 1, art. 6, que cet arrangement souffrit, de la part de ces États, de très-grandes difficultés.

» Le 25 novembre de la même année, nous voyons Charles-Quint obtenir le consentement des États de Brabant, pour que Philippe II, son fils, lui succède dans ce duché. C'est ce qu'atteste son historien Robertson, tome 5, page 315, édition de 1775.

» En 1549, Charles-Quint rend sa fameuse ordonnance, connue sous le nom de *pragmatique-sanction*, par laquelle il veut qu'à l'avenir, les Pays-Bas *demeurent toujours sous un même prince*; mais il ne la rend que *du consentement et à la réquisition des États d'iceux* : ce sont ses propres termes.

» En 1555, il abdique la souveraineté des Pays-Bas, et la transfère à son fils Philippe II, mais toujours, dit Nény, chap. 5, art. 1, du consentement des États réunis *dans une assemblée célèbre tenue au palais de Bruxelles.*

» En 1577, les États, qui s'étaient d'abord opposés à ce que Philippe II leur donnât pour gouverneur général don Juan d'Autriche, finirent par y consentir; et à ce sujet fut donné, le 12 février, un édit *au bas duquel leurs députés signèrent aussi.* C'est encore Nény qui parle.

» En 1598, Philippe II cède les Pays Bas à sa fille Isabelle-Claire-Eugénie; mais avant de consommer cette cession, il la fait approuver par les États.

» En 1713, le 19 avril, on publie à Vienne une nouvelle pragmatique-sanction pour le

(1) *Nény*, chap. 10.

règlement de la succession des pays héréditaires de la maison d'Autriche; mais les Pays-Bas n'y sont pas compris, parceque leurs États n'avaient pas été consultés. On les consulte enfin en 1725; ils l'acceptent, et, comme nous le voyons dans le recueil des placards de Brabant, tome 5, liv. 4, tit. 4, chap. 4, elle est publiée à Bruxelles, *en assemblée des États.*

» En 1733, le 24 novembre, pendant que la France et la maison d'Autriche étaient en guerre, et se conclud à La Haye, un traité par lequel les Pays-Bas restent neutres, comme depuis nous avons vu, en germinal an 3, l'électorat de Hanovre déclaré neutre, tandis que le roi d'Angleterre continuait la guerre contre la république française. Mably, dans *son Droit public de l'Europe*, chap. 12, fait mention de ce traité, et Nény, chap. 19, art. 27, assure qu'il fut si bien observé *que le roi de France, en guerre partout ailleurs avec l'empereur, conserva toujours un ministre à Bruxelles auprès de l'archiduchesse gouvernante.*

» Et ce ne fut pas seulement dans cette circonstance, ce ne fut pas seulement Louis XV qui se fit représenter à Bruxelles par un ministre distinct de celui qu'il avait à la cour de Vienne. Écoutons encore Nény, chap 17 : *Le pape tient auprès du gouverneur-général un nonce ou internonce. Les rois de France et d'Angleterre, la république des Provinces-Unies, l'évêque et prince de Liége ont pareillement des ministres auprès du gouverneur-général; et nous en avons vu de nos jours, de la part du roi d'Espagne, du roi de Prusse et de l'électeur palatin. En échange, les gouverneurs-généraux des Pays-Bas ont souvent envoyé en leur nom des ministres caractérisés, même en qualité d'ambassadeurs, en différentes cours de l'Europe où ils ont été reconnus pour tels sans difficulté.*

» Assurément, les gouverneurs-généraux des Pays-Bas n'auraient pu ni recevoir, ni envoyer des ambassadeurs, comme représentant le chef de la maison d'Autriche, en sa qualité de duc de Brabant, de comte de Flandre et de comte de Hainaut, si le Brabant, la Flandre et le Hainaut n'avaient formé qu'une seule et même souveraineté avec l'Autriche elle-même.

» Eh! comment admettre, pour ces pays, l'idée d'une seule et même souveraineté avec l'Autriche, lorsqu'on y voit exister auprès du gouverneur-général, un conseil d'état, un conseil privé et un conseil des finances, créés sous la dénomination commune de *conseils collatéraux* des princes, par un édit de Charles Quint, du 1er octobre 1531? Comment l'admettre surtout, lorsqu'on voit les empereurs archiducs d'Autriche, parler, dans leurs rescrits, de la cour qu'ils ont à Bruxelles, comme d'un établissement parallèle avec leur cour de Vienne? Coloma, dans son *Recueil d'arrêts du grand-conseil de Malines*, tome 2, page 161, rapporte un décret de l'empereur Charles VI, du 3 février 1731, par lequel, répondant à un référé de la gouvernante des Pays-Bas, sur la question de savoir si les notaires admis par le conseil privé de Bruxelles, pouvaient instrumenter dans le Brabant, tout aussi bien que ceux qui etaient admis par le conseil souverain de Brabant même, il s'explique en ces termes : *Tous actes et instrumens que les notaires admis par mon conseil privé, octroieraient à l'avenir, dans mon duché de Brabant, seront bornés aux suppôts de mes conseils collatéraux, à ceux comptés parmi les écrous, et aux autres qui sont officiers et domestiques de ma maison, où qui, par leurs offices, sont de la suite de* MA COUR AUX PAYS-BAS.

» Mais, pour faire encore mieux ressortir la preuve que le Brabant était un Etat absolument étranger aux autres Etats héréditaires de la maison d'Autriche, voyons comment s'exerçaient dans ce pays les principaux attributs de la souveraineté, c'est-à-dire, le droit de faire la guerre, le droit de battre monnaie, le droit de faire grace, le droit de faire des lois, le droit d'anoblir et de légitimer, le droit de sceller les actes de l'autorité publique.

» 1° La *joyeuse entrée*, c'est-à-dire, le serment que prêtaient aux Etats de Brabant tous les chefs de la maison d'Autriche, à l'instant de leur inauguration, le serment que leur prêta notamment en personne l'empereur François II, dans le voyage qu'il fit à Bruxelles en 1794, la joyeuse entrée porte, art. 5, que *sa majesté ne s'obligera jamais, comme duc de Brabant et de Limbourg, et pour cause concernant la seigneurie des mêmes pays, d'entreprendre la guerre avec quelqu'un, ne soit du conseil, volonté et consentement des villes et du pays de Brabant de sadite majesté.* Et elle ajoute, art. 29, que *tous les pays que sa majesté gagnera par* COMMUNE GUERRE OU COMMUNES FORCES *de son pays de Brabant, appartiendront et seront perpétuellement annexés au même pays.* Voila bien le droit de faire la guerre partagé entre le duc et le peuple du Brabant.

» 2° Il en est de même du droit de battre monnaie. *Item* (est-il dit dans la *joyeuse entrée*, art. 18), *que sadite majesté ne fera battre aucun denier en son pays de Brabant si ce n'est de l'avis, volonté et consentement de sondit commun pays, et qu'on ne pourra jamais altérer ce denier....; et que l'on battra ce denier en quelqu'une de ses franches*

villes, et que l'évaluation s'en fera selon que la charte wallonne ci-devant faite, le comprend.

» 3° Même disposition dans l'art. 25, par rapport au droit de faire grace, du moins quant aux criminels de haute-trahison : *Item, si quelqu'un des sujets de S. M. lui déniât, volât ou saisit son pays de Brabant ou d'Outre-Meuse, ou les habitans d'iceux, ou que désormais il donnât sciemment du secours, logeât ou soutînt les ennemis de S. M., comme duc de Brabant, Limbourg et d'Outre-Meuse,* et *de son même pays de Brabant, qu'icelui fourfaira corps et biens; et elle ne lui pourra jamais accorder sondit pays de Brabant,* (c'est-à-dire, lui permettre d'y rentrer) *sans le consentement des trois Etats du même pays, et au cas qu'elle lui fît grace, cette grace sera nulle et de nulle valeur.*

» 4° Le pouvoir législatif qui, dans les autres Etats héréditaires de la maison d'Autriche, et même dans la Flandre et le Hainaut, appartenait tout entier au chef de cette maison, était, dans le Brabant, divisé en deux branches, qui résidaient, l'une dans la personne du duc, l'autre dans celle du conseil souverain du pays. C'est ce qui résulte de l'art. 5 de la joyeuse entrée. *Item* (porte-t-il), *que S. M. entretiendra sept dignes personnes dont l'une sera chancelier et scelleur, natif de sondit pays de Brabant, lequel gardera le scel de sadite majesté, par lesquelles sept personnes et autres y étant présentement jointes, ou qu'il plaira à sadite majesté de joindre à l'avenir à sondit conseil, sadite majesté ou son gouverneur-général feront traiter et expédier toutes les affaires du même pays ou des habitans d'icelui, concernant la justice et ce qui en dépend, soit de provisions ordinaires de justice,* STATUTS, PLACARDS, ÉDITS, ORDONNANCES, *mandemens ou autrement, par conseil et avis d'icelui et dudit conseil brabançon..... Et tous ceux qui seront conseillers ou secrétaires de S. M. ou de ses successeurs, avant de se pouvoir entremettre de leurs fonctions de conseillers à offices, promettront et assureront par tel hommage, loyauté et serment qu'ils auront fait à sadite majesté ou successeurs, aux trois états de S. M.* AU PROFIT DU COMMUN PAYS, *qu'ils n'entretiendront ni assisteront jamais, ni écriront, signeront, ni scelleront aucunes lettres par lesquelles aucun pays, ville, châteaux, cens, rentes ou seigneuries par eau ou par terre, situé deçà ou delà la Meuse, seront oppignorés, engagés, vendus, aliénés, diminués, chargés, ni aucunement embarrassés, donnés ou remis en aucune manière,* SI CE N'EST DU CONSENTEMENT DES TROIS ÉTATS. Vous remarquez, messieurs, que, par cet article, le conseil de Brabant est investi, non seulement du droit d'enregistrer les lois, mais encore de celui de co-opérer à leur confection matérielle, puisque le prince ne peut faire aucune loi, sans le *conseil* et *avis* du conseil de Brabant; en effet, en parcourant le recueil des placards du pays, nous n'en trouvons pas un seul qui ne soit fait de l'avis de ce tribunal.

» Aussi Anselmo, voulant prouver, dans le §. 116 de son commentaire sur l'art. 11 de l'édit perpétuel de 1611, que l'on ne doit avoir, en Brabant aucun égard à une ordonnance de Charles-Quint, de 1537, remarque-t-il que cette ordonnance n'a eu pour rédacteurs que les magistrats du conseil privé de Bruxelles, *præfatam ordinationem in consilio suæ majestatis esse conceptam;* et que dès-là, elle est nulle pour le Brabant, d'après les termes de la joyeuse entrée.

» Aussi, Stockmans, *décis.* 10, assure-t-il qu'on ne regarde pas comme obligatoires en Brabant, diverses déclarations données sous le nom du prince, par le conseil privé, en interprétation de l'édit perpétuel de 1611 : *circumferuntur quædam interpretationes secreti concilii quibus id quod dictum est temperatur.... sed legis auctoritatem non habent hæc scripta, præsertim in Brabantiâ.*

» Aussi, en comparant le recueil des placards de Flandre avec celui des placards de Brabant, trouve-t-on dans le premier qui est beaucoup plus volumineux, une foule d'édits qui manquent dans le deuxième, parceque le conseil de Brabant n'ayant pris aucune part à leur confection, ne les avait pas admis comme loi, quoique d'ailleurs le prince eût pris dans leur préambule la qualité de *duc de Brabant* comme la qualité de *comte de Flandre.*

» 5° Le pouvoir d'anoblir et de légitimer était également partagé entre le prince et le conseil de Brabant.

» Par un édit de l'empereur Charles VI, du 9 mai 1731, rapporté dans le recueil des placards de Brabant, tome 3, liv. 1, tit. 1, chap. 13; il est déclaré que les lettres de noblesse obtenues en la chancellerie de Vienne, n'ont d'effet que pour les pays héréditaires qui ressortissent à cette chancellerie; et que, pour pouvoir être exécutées en Brabant, il faut qu'elles aient été dépêchées par le conseil souverain de cette contrée.

» Wynantz, qui était membre de ce conseil, dit, dans la sixième de ses Remarques sur le Commentaire de Legrand sur la coutume de Troyes, que le *roi seul, comme duc de Brabant, anoblit pour le Brabant;* et qu'en con-

séquence, ce n'est pas du conseil privé de Bruxelles, mais du conseil de Brabant même, que doivent émaner les lettres de noblesse pour ce pays.

» Dans la première remarque, il établit la même chose pour les légitimations :

» *Les lettres de légitimation dans le Brabant* (dit-il), *doivent être dépêchées au conseil de cette province, ou elles sont sans effet, tant à l'égard des biens qui y sont situés que pour y obtenir des emplois. Le consentement des Etats est aussi nécessaire, afin que, contre leur volonté, on ne les prive pas des droits qui leur compètent en vertu de l'art.* 19 *de la joyeuse entrée. V. les édits du* 11 *juillet* 1558, 15 *septembre* 1561 *et* 27 *mars* 1576.

» 6°. Enfin, le Brabant avait un sceau qui lui était absolument particulier : et tout acte émané du prince qui n'était pas scellé de ce sceau, quoiqu'il le fût d'ailleurs de celui d'Autriche, de Hongrie, de Bohême ou de l'empire, était sans effet dans le Brabant. L'art. 4 de la joyeuse entrée est là-dessus très-formel : *Item, que S. M. prendra les titres et les armes de Lothiers, de Brabant, de Limbourg et du marquisat de l'empire, comme il appartient; et que, selon sesdits titres et armes, fera graver un scel distingué par une notable marque de ses autres scels, lequel S. M. ne pourra changer, ni sur ou après lui faire ou laisser graver un autre, ou y consentir en aucune manière, ne fût pour cause raisonnable, ce que S. M., en ce cas, ferait* DU CONSENTEMENT DES TROIS ETATS *de sondit pays de Brabant; lequel scel devra toujours demeurer en son dit pays de Brabant, sans être transporté; et on en scellera toutes les choses concernant sondit pays de Brabant et celui d'Outre-Meuse, et les sujets d'iceux*, SANS EN SCELLER D'AUTRES; *qu'aussi les lettres qui en seront, se dépêcheront par quelqu'un des secrétaires de sa dite majesté, qui seront ordonnés aux affaires du Brabant.* Quoi de plus clair, mais quoi de plus positif que cette obligation imposée au prince, d'avoir pour le Brabant un sceau spécial, un sceau différencié, *par une notable marque* des sceaux de ses autres Etats, un sceau qui doit être apposé à toutes les dépêches relatives au Brabant, un sceau dont il ne peut être fait aucun usage pour les dépêches relatives aux autres provinces, un sceau qui ne peut être transporté hors du Brabant, un sceau qui ne peut être changé que du consentement des trois Etats du pays ?

» Et que sera-ce si, à des traits aussi caractéristiques d'une souveraineté différente, vous ajoutez que l'empereur d'Allemagne ne pouvait, comme duc de Brabant, déclarer la guerre, battre monnaie, faire grace du crime de félonie, légitimer un bâtard, aliéner ou engager ses domaines, sans le consentement des Etats; qu'il ne pouvait, comme duc de Brabant, faire aucune loi, accorder aucun anoblissement, sans le concours du conseil souverain; que, comme duc de Brabant, il envoyait et recevait par le ministère de son gouverneur-général, des ambassadeurs dans les cours où il en avait déjà, et de la part des cours qui déjà lui en avaient envoyé comme archiduc d'Autriche, comme roi de Hongrie, comme roi de Bohême; que, comme duc de Brabant, il demeurait quelquefois neutre dans les guerres qu'il soutenait comme roi de Bohême, comme roi de Hongrie, comme archiduc d'Autriche; que, comme duc de Brabant, il avait à Bruxelles une *cour* distincte de celle de Vienne, un conseil d'Etat, un conseil privé et un conseil des finances distincts des conseils du même genre qu'il avait dans la capitale de ses autres Etats héréditaires ?

» Inutile de dire que, par la pragmatique sanction de 1725, le Brabant ne pouvait être possédé que par le prince à qui appartenaient l'Autriche, la Hongrie et la Bohême? il suit bien de là que le Brabant suivait en succession le même ordre que les autres Etats autrichiens; mais en conclure qu'il n'était pas étranger à ces Etats, c'est contredire les monumens les plus authentiques; c'est, en d'autres termes, soutenir que l'électorat d'Hanovre ne forme pas un Etat différent de la Grande-Bretagne; c'est, en d'autres termes, soutenir que la principauté de Neuchâtel ne forme pas un Etat différent de l'électorat de Brandebourg; c'est, en un mot, s'élever contre les notions les plus communes sur la distinction des souverainetés.

» Ce que la pragmatique-sanction de 1725 avait fait pour les provinces belgiques, relativement à l'Autriche, à la Bohême et à la Hongrie, celle de 1549 l'avait fait pour les provinces belgiques entr'elles. Cependant, quoique dès-lors les provinces belgiques dussent toujours *demeurer sous le même prince*, elles formaient chacune un Etat tellement séparé, que les habitans de l'une étaient dans l'autre considérés comme aubains, à moins que des privilèges particuliers n'en eussent disposé autrement. L'art. 11 du chap. 127 du Code donné au Hainaut en 1619, par les archiducs Albert et Isabelle, sous le nom de *chartes générales*, est là-dessus très-précis : *ceux natifs de Flandre et Artois*, porte-t-il, *sont tenus pour aubains audit pays de Hainaut; mais ceux nés*

entre les rivières de Scarpe et de l'Escaut, comme étant de l'Empire, ne sont tenus pour aubains; comme aussi ne sont aubains ceux nés par-delà lesdites rivières qui sont des lieux de l'Empire.

» Inutile encore de dire, en revenant à notre espèce, que, dans le diplôme du 19 septembre 1792, François II a pris le titre de *duc de Brabant*, comme celui d'empereur d'Allemagne, comme celui d'archiduc, d'Autriche, comme celui de roi de Bohême et de Hongrie; qu'ainsi, en envoyant le comte de Mercy à Bruxelles, il l'a envoyé dans l'un des Etats dont ce diplôme désignait François II comme prince souverain.

» Lorsque Marie-Thérèse a prêté à Bruxelles, par l'organe de son gouverneur-général, lorsque François II lui-même a prêté en personne, dans la même ville, le serment de la joyeuse entrée, ils y ont tous deux pris le titre d'impératrice et d'empereur, de reine et de roi de Hongrie et de Bohême, de duchesse et de duc de Brabant. En est-il moins vrai que ce n'est qu'en cette dernière qualité qu'ils ont l'un et l'autre prêté ce serment?

» Lorsque le roi de Prusse signe une dépêche pour la principauté de Neufchâtel, il n'oublie sûrement jamais de s'y qualifier de *roi de Prusse*. En est il moins vrai que la principauté de Neufchâtel est tout-à-fait étrangère aux Etats prussiens?

» Lorsque le roi d'Angleterre, avant la guerre actuelle, signait une dépêche pour l'électorat d'Hanovre, il ne manquait jamais d'y prendre le titre de roi d'Angleterre. En est-il moins vrai que l'électorat d'Hanovre était alors tout-à-fait étranger aux Etats britanniques?

» Et ce qui tranche ici toute difficulté, c'est que le diplôme du 19 septembre 1792 n'est point scellé du sceau ducal de Brabant, mais seulement, et il l'énonce en termes exprès, du *sceau impérial, royal et archiducal*. De là, en effet, il résulte nécessairement, surtout d'après l'art. 4 de la joyeuse entrée, que ce n'est point comme duc de Brabant que l'empereur François II a député le comte de Mercy à Bruxelles; qu'il ne l'y a député que comme empereur, comme roi, comme archiduc; et que, par suite, le comte de Mercy n'était pas à Bruxelles dans les Etats de son commettant.

» Son commettant était le chef de la confédération germanique, qui, depuis plusieurs siècles, n'avait plus rien de commun avec le Brabant. Son commettant était le monarque absolu de l'Autriche, et il est bien notoire que François II ne gouvernait pas le Brabant en monarque absolu. Son commettant était le roi de Bohême et de Hongrie, et on ne prétendra vraisemblablement pas qu'un Bohémien ou un Hongrois qui se fût alors trouvé en Brabant, n'y aurait pas été hors de sa patrie.

» Supposons que l'empereur des Français envoie demain à Milan un ministre plénipotentiaire pour y entamer une négociation avec les ambassadeurs qu'y enverront de leur côté l'empereur d'Allemagne, le roi de Prusse et le roi de Naples. Osera-t-on dire que le ministre français ne sera pas à Milan en pays étranger? Cependant il se trouvera dans un Etat qui a pour monarque l'empereur des Français, son commettant. Cependant l'empire français et le royaume d'Italie sont gouvernés, l'un par un empereur, l'autre par un roi, qui ne font qu'une seule et même personne. Mais, quoique cette seule et même personne les gouverne tous deux à la fois, ils n'en forment pas moins deux souverainetés distinctes, les citoyens de l'un n'en sont pas moins étrangers dans l'autre.

» Ce que le bon sens nous dit à cet égard, est confirmé par une autorité bien précise. On sait que, par la mort du roi Henri III, arrivée en 1589, Henri IV, qui était déjà prince souverain de Béarn, devint en même temps roi de France, et que le premier de ces deux Etats ne fut réuni au second que par un édit du mois d'octobre 1620. Quels étaient, dans l'intervalle de l'une de ces époques à l'autre, les rapports respectifs de ces deux Etats? Les actes de souveraineté qui se faisaient en France, par Henri IV ou en son nom, avaient-ils leur effet dans le Béarn? Nullement. Le Béarn était, pour tout ce qui concernait l'autorité souveraine, considéré comme un pays étranger à la France; et, par cette raison, quoiqu'il soit de principe que les jugemens rendus en France par un tribunal supérieur, en matière de partage d'hérédité, soient exécutoires dans le ressort de chacun des autres tribunaux français où le défunt a laissé des biens, il n'en a pas moins été ordonné, par un arrêt du grand conseil, du 23 janvier 1601, rapporté dans le Commentaire de Brodeau sur l'art. 164 de la coutume de Paris, *qu'un arrêt du parlement de Bordeaux, contenant un partage entre les héritiers du sieur Méretin, ne serait exécuté sur les biens situés en Béarn, mais seulement sur ceux étant en France, combien que la France et le Béarn fussent sous la domination du roi, parceque le Béarn était* (alors) *une souveraineté distincte et séparée.*

» Enfin, messieurs, ce qui nous paraît devoir écarter jusqu'au plus léger doute sur le fait que le comte de Mercy était hors des Etats de son commettant, proprement dit, lorsqu'il a fait son Testament à Bruxelles, c'est

que les ministres de l'empereur d'Allemagne, MM. de Thugut, de Collorédo et de Cobentzel, qui assurément connaissent bien les anciens rapports du Brabant avec les autres Etats de leur monarque, n'hésitent point à déclarer, dans les trois certificats qui sont sous vos yeux, *qu'en conséquence du principe universel et toujours constamment reçu, qu'un ministre employé* EXTÉRIEUREMENT *avec des charges temporaires, n'a et ne peut avoir un domicile externe, mais qu'il est censé le retenir continuellement auprès de sa cour; le comte de Mercy n'a pu, lors de la confection de son Testament, en mars 1794, être considéré comme une personne assujétie aux coutumes locales de Bruxelles.*

» Voyons maintenant si le comte de Mercy n'a pas pu, en sa qualité de ministre adjoint aux armées, user à Bruxelles, le 6 mars 1794, du droit de tester militairement, et par conséquent dans la forme olographe.

» Que l'édit perpétuel de 1611 n'ait pas abrogé, dans le Brabant, les priviléges qu'ont en tout pays les militaires, de ne pas observer dans leurs Testamens les formes prescrites par les lois générales, c'est une vérité qui ne paraît pas susceptible de la plus légère contradiction, et que, cependant, les demanderesses essaient de combattre.

» L'édit perpétuel de 1611 établit, pour la forme des Testamens, une règle à laquelle sont soumis tous les citoyens qui se trouvent dans des circonstances ordinaires.

» Mais il ne déroge pas aux exceptions qui, à cet égard, modifient partout le droit commun.

» Ainsi, il ne déroge pas à l'exception par laquelle les lois romaines autorisent les Testamens entre enfans, dans la forme olographe; et, sur ce fondement, le conseil privé de Bruxelles a rendu, le 3 août 1619, une déclaration, dont Anselmo, sur l'art 12, §. 27, rapporte ainsi les termes: *la cour déclare que son altesse n'entend d'avoir dérogé, par le douzième article de l'édit perpétuel de l'an 1611, aux priviléges de droit écrit en faveur des Testamens et dispositions faites* INTER LIBEROS.

» Ainsi, il ne déroge pas à l'exception par laquelle un usage presque général permet de tester, en temps de peste, dans les formes les plus simples; et, sur ce fondement, il a été rendu, le 14 janvier 1654, une déclaration rapportée par Anselmo, §. 55, qui est ainsi conçue: *S. M. déclare, comme autrefois, que le douzième article de l'édit perpétuel de l'an 1611 n'est pas applicable aux personnes infectées de la contagion.*

» Ainsi, il ne déroge pas à l'exception par laquelle les lois romaines affranchissaient de toute autre solennité les Testamens qui étaient faits *apud acta*, c'est-à-dire, en justice; et, sur ce fondement, dit Stockmans, *décis.* 10, le conseil souverain de Brabant juge constamment que ces sortes de dispositions sont valables, dès qu'elles sont accompagnées des seules formes qui sont requises dans les actes judicaires: *constanter judicamus valere Testamentum apud acta publica conditum et eodem ritu signatum munitumque quo cæteræ res apud acta expediuntur;* quoique d'ailleurs elles soient dépourvues des solennités prescrites par l'édit perpétuel, *solemnitatibus quas præscripsit edictum perpetuum anni* 1611; parceque les lois générales ne s'appliquent point aux cas pour lesquels il a été fait des lois spéciales: *quia leges generales non attingut eas hypotheses in quibus jure singulari provisum est.*

» Assurément, cette raison s'applique aussi bien aux Testamens des militaires qu'aux Testamens faits en justice, qu'aux Testamens des pestiférés, qu'aux Testamens *inter liberos*: comment donc supposer que, de ces quatre espèces de Testamens, l'art. 12 de l'édit de 1611 atteint la première, tandis que très-constamment il n'atteint pas les trois autres?

» Il faut bien le supposer, répondent les demanderesses, puisqu'il existe, dans le Commentaire d'Anselmo sur cet article même, une déclaration du conseil privé de Bruxelles, du 21 avril 1614, qui porte que l'édit est *général et comprend toutes personnes aussi bien militaires que autres.*

» Mais, messieurs, il faut le dire, la citation que l'on vous fait de cette déclaration, n'est pas fidele: ce n'est pas sur l'art. 12 qu'Anselmo la rapporte, c'est sur les art. 30 et 35, qui ne sont relatifs qu'au bénéficice d'inventaire, et il ne la rapporte que pour prouver qu'en tout ce qui concerne le bénéfice d'inventaire, les héritiers militaires sont assujétis aux mêmes formalités que les simples citoyens.

» Voici, au surplus, comment est conçue cette déclaration: *Remontre très-humblement Marie Philips que, pour la défense de son bon droit, elle voudrait bien savoir si toutes personnes, de quelque qualité qu'ils soient, et nommément les militaires, convenibles en l'audience générale* (c'est ainsi qu'on appelait le tribunal institué pour le jugement des causes des militaires), *sont sujets aux ordonnances et réglemens portés par l'édit perpétuel de justice, publié par V. A. S. en l'an 1611, et spécialement s'ils sont obligés aux formalités, et ponctuelle observance d'icelle*

comprises ès art. 30, 31, 32, 33 *et* 34 *d'icelui, disposant de l'héritier voulant appréhender la maison mortuaire ; et afin qu'elle y puisse aller d'un pied plus assuré, de lui donner, par apostille, en marge de cette, ladite déclaration.*

» Et en marge est écrit. *Ce placard est général, et comprend toutes personnes aussi bien militaires que autres.*

» Eh ! Sans doute, les militaires sont soumis comme les autres, aux articles de l'édit perpétuel concernant le bénéfice d'inventaire, puisque la première novelle de Justinien, chap. 4, §. 2, leur refusant, en cette matière, toute espèce de privilége, il n'a pas fallu de disposition particulière pour étendre jusqu'à eux ces articles. Mais, par la raison contraire, l'édit perpetuel n'ayant point dérogé au privilége établi par les lois romaines en faveur des Testamens des militaires, ce privilége a nécessairement survécu à la disposition indéfinie de l'édit perpétuel sur les Testamens en général. Et vous verrez bientôt que telle a toujours été la jurisprudence, non-seulement des cours supérieures de la Belgique, mais encore du conseil privé de Bruxelles.

» Il ne nous reste donc plus qu'à examiner si le comte de Mercy était, le 6 mars 1794, dans la position où doit se trouver tout militaire, toute personne attachée aux armées, qui veut tester militairement.

» D'abord, nul doute que la guerre ne fût alors dans toute son activité. On vous a dit qu'à cette époque, les hostilités étaient suspendues par un armistice; mais outre que cette circonstance, assez indifférente par elle-même, n'est appuyée d'aucune preuve, nous nous sommes assuré du contraire par une lettre qu'un représentant du peuple près l'armée du nord écrivait de Lille à la convention nationale, le 11 ventôse an 2, jour correspondant au 1er mars 1794 : *Je m'empresse de vous faire part* (disait-il) *de deux* NOUVEAUX *avantages que les braves soldats de la république ont remportés hier sur les satellites des despotes. Le général de brigade Dumonceau a attaqué hier, auprès de la commune de Flers, une troupes d'esclaves et de traîtres. Il en est resté environ un cent sur le champ de bataille, et 60 ont été faits prisonniers ; on les amène à l'instant même, et l'on reconnait qu'il se trouve parmi eux plusieurs émigrés.... Pendant que le général Dumonceau attaquait les ennemis auprès de Flers, le chef de bataillon Daendels s'emparait du village de Werwick, poste ennemi à peu de distance de Comines : il a tué, dans cette expédition, plusieurs cavaliers et houlans, parmi lesquels s'est trouvé le major de la cavalerie hessoise. Il a fait vingt-et-un prisonniers et pris sept chevaux ; il a fait mettre le feu aux clochers de Werwick, dont l'ennemi faisait usage pour observer nos mouvemens... La convention nationale peut regarder les* AVANTAGES FRÉQUENS QUE NOUS REMPORTONS SUR L'ENNEMI, *comme le gage des triomphes qui se préparent pour l'armée du nord, lorsque l'instant de déployer et d'agir sera venu.* Cette lettre, qui n'a précédé que de cinq jours la confection du Testament du comte de Mercy, prouve évidemment qu'à cette époque, on était en état d'hostilités ouvertes et journalières.

» Mais le comte de Mercy n'était pas au centre de ces hostilités; ces hostilités s'exerçaient sur les frontières du département du Nord, et le comte de Mercy était à Bruxelles. De là ne doit-on pas conclure qu'il n'a pas pu tester militairement?

» Que faut-il pour pouvoir tester militairement? Les lois romaines distinguent entre le simple citoyen et les personnes qui sont ou militaires ou attachées aux armées.

» Elles accordent au simple citoyen qui se trouve par hasard au milieu d'un camp, la faculté de tester en militaire, mais seulement dans le cas où ce camp est placé en pays ennemi ; et encore ne font-elles valoir son Testament, que lorsqu'il est mort dans ce camp même. C'est la décision expresse de la loi dernière, D. *de Testamento militis ;* et nous remarquerons avec les demanderesses, qu'à cet égard, cette loi assimile au simple citoyen le magistrat qu'elle appelle *præses provinciæ* et *legatus ;* mais nous ajouterons que ce dernier terme ne signifie pas un ambassadeur, comme les demanderesses paraissent le croire; qu'il désigne tout simplement un lieutenant de proconsul, un véritable juge, ainsi qu'on peut le voir dans le Digeste, titre *de officio proconsulis et legati.*

» Quant aux militaires et aux personnes attachées aux armées, les lois romaines leur permettent de tester militairement, lorsqu'elles sont, ou dans un camp, ou en expédition.

» *Sed*, dit le §. 3, *de Testamento militis*, aux institutes, *hactenùs hoc illis à principalibus constitutionibus conceditur, quatenùs militant et in castris degunt.* Voilà pour le camp.

» *Nam quamvis*, porte le commencement du même titre, *ii neque legitimum numerum testium adhibuerint, neque aliam Testamentorum solemnitatem observaverint, rectè nihilominùs testantur, videlicet cùm in expe-*

ditionibus occupati sunt. Voilà pour l'expédition.

» Et la loi 17, C. *de Testamento militis*, dit, sur ce point, la même chose : *Ne quidam putarent in omni tempore licere militibus Testamenta, quoquo modo voluerint, componere, sancimus his solis qui in expeditionibus occupati sunt, memoratum indulgeri circà ultimas voluntates conficiendas beneficium.*

» Mais qu'entend-on dans le droit romain, par *expédition militaire*? N'est-on en expédition militaire que lorsqu'on marche à l'ennemi, que lorsqu'on est en sa présence, *in procinctu*, que lorsqu'on est en bataille, que lorsqu'on se trouve en garnison dans une place assiégée?

» Sur cette question, l'on sent bien que ce n'est ni à l'ordonnance de 1735, ni au Code civil qu'il faut ici recourir. L'ordonnance de 1735 n'a jamais fait loi dans la Belgique, et le Code civil ne peut pas y avoir d'effet rétroactif. Nous ne devons donc ici nous attacher qu'aux interprètes du droit romain, à la jurisprudence des parlemens français avant l'ordonnance de 1735, et à celle des cours supérieures auxquelles la Belgique ressortissait.

» Pour commencer par les interprètes, Cujas, tome 1, page 699, édition de 1658, dit que tout militaire peut tester militairement, dès qu'il est, ou dans une expédition, ou dans un camp, ou dans des retranchemens, ou dans un quartier d'hiver, ou dans une garnison : *ergò qui in expeditione testatur miles, in castris, in fossato, ut loquuntur, imò et in hybernis, ut meum judicium est, in stativis, in præsidiis, jure militari Testamentum facere potest.* S'il en était autrement, ajoute-t-il, on serait forcé de n'admettre, à cet égard, aucune différence entre le simple citoyen et le militaire; car le simple citoyen peut aussi tester militairement, lorsqu'il se trouve dans un champ de bataille en pays ennemi : *alioquin nihil distaret paganus à milite; nam et à pagano in procinctu, in acie, in hostico quoque modo Testamentum valet;* et c'est ce que décide formellement la loi dernière, D. *de Testamento militis.*

» Godefroy, sur la loi 17, C. *de Testamento militis*, explique dans le même sens les termes de cette loi, *qui in expeditionibus occupati, sunt : idque*, dit-il, *sive in castris, sive in fossato, sive in hybernis*, dans les quartiers d'hiver, *sive in præsidiis*, dans les garnisons, *sive in stativis seu sedibus sedatis*, dans les postes fixes; *sufficit ergò ut fiat in expeditione, licet non in procinctu; alioquin nihil aut parùm distabit miles à pagano; nam paganus in procinctu et hostico, jure militari testari potest.*

» Le célèbre auteur du *Lexicon juris*, Kall ou *Calvinus*, professeur de l'université d'Heildeberg, aux mots *expediti milites*, dit que les militaires sont en expédition, *expediti milites vel in expeditionibus existere dicuntur*, lorsqu'ils sont dans une armée ou dans un camp, c'est-à-dire, dans un lieu où il y a appareil de guerre, soit poste fixe, soit quartier d'hiver, soit tout autre; *quicunque sunt in exercitu aut in castris, id est, eo loco quo reipublicæ causâ est belli apparatus, seu in statione illi sint, seu in hybernis, seu alicubi pro finibus imperii tuendis;* qu'on doit même les regarder comme étant en expédition, en quelque endroit qu'ils se trouvent à raison de leur service militaire : *Imò quocunque in loco sunt militiæ causâ.*

» Barry, *de successionibus*, liv. 1, tit. 5, n° 7, enseigne également que, *ut miles gaudeat hoc privilegio non necesse est ut sit in solo hostili, vel in urbe obsessâ, vel in procinctu;* que cela est seulement nécessaire pour ceux qui ne prennent point part à la guerre, *id tantùm necesse aliis qui non sunt milites;* et qu'il n'y a nul doute que les militaires ne puissent tester militairement, même dans les garnisons, *milites posse testari jure militari in stativis et præsidiis, gallicè,* AUX GARNISONS.

» Julius Clarus, §. *Testamentum*, quest. 15, n° 12, tient absolument le même langage.

» Henrys, liv. 5, chap. 4, quest. 37, nous retrace des conclusions qu'il avait données en qualité d'avocat du roi, à la sénéchaussée de Montbrison, en faveur de la même doctrine. Il ajoute qu'elles furent suivies, et que par le jugement qui intervint, le Testament informe qu'un militaire avait fait dans la ville où il était en garnison, *extrà prælium*, fut confirmé.

» Taisand, sur la coutume de Bourgogne, tit. 7, art. 4, n° 19, rapporte un arrêt du parlement de Dijon, qui juge de même. Charles Samion, chirurgien au régiment de Tavannes, étant en garnison à Courtrai, avait fait son Testament en présence d'un maréchal-des-logis et de trois autres chirurgiens de l'armée. Après sa mort, procès sur la validité de cet acte. On reconnaissait de part et d'autre qu'étant dépourvu des formes prescrites par la loi des lieux où il avait été passé, il ne pouvait valoir que comme Testament militaire; et l'héritier *ab intestat* soutenait qu'on ne pouvait le valider comme tel, *par deux raisons principales : l'une, que le testateur étant chirurgien et non soldat, n'avait pu tester militairement; l'autre, qu'étant en garnison à*

Courtrai, hors des périls de la guerre, en pleine liberté d'appeler un notaire, et ne l'ayant pas fait, vu même que sa maladie avait long temps duré, il ne fallait pas régler cette disposition par le privilége des soldats. Néanmoins, dit Taisand, *ce Testament fut confirmé sur les conclusions de M. l'avocat-général Millotet, par arrêt du lundi* 10 *décembre* 1657.

» Basnage, sur l'art. 413 de la coutume de Normandie, nous fournit un arrêt semblable du parlement de Rouen. *Le Testament de Charles de Saint-Simon, capitaine au régiment de Canisi, avait été fait en Piémont, et reçu par un cordelier, en présence de deux soldats, et non signé du testateur, à cause de sa débilité. René de Vauborel* (héritier *ab intestat*) *soutint que le Testament était nul, ayant été reçu par un religieux incapable de tester et de recevoir des Testamens; qu'il était même légataire, ayant fait donner à son couvent*, sibi adscripserat, *et n'étant point signé du testateur, ainsi qu'il est requis par le droit et par la coutume; que toutes ces nullités ne pouvaient être excusées par le prétexte de la milice, ce Testament n'ayant point été fait* in procinctu aut in expeditione, *mais en garnison, où il avait été trois mois malade, pouvant appeler des notaires. Les légataires maintenaient que ce Testament devait être réputé militaire, et fait* in expeditione, *puisqu'alors l'armée était en garnison; que ces Testamens étaient dispensés de l'observation des formes; qu'un soldat pouvait même écrire sur le fourreau de son épée ses dernières intentions; que c'était assez que la volonté du testateur fût constante par le témoignage de personnes dignes de foi. Par arrêt du* 16 *avril* 1628, *le Testament fut déclaré valable.*

» Albert, au mot *Testament*, n° 33, rend compte d'un arrêt rendu au parlement de Toulouse, le 16 avril 1648, sur un Testament purement verbal qu'un soldat avait fait dans sa garnison. Deux questions étaient agitées à ce sujet : l'une, de savoir si le testateur avait pu tester militairement; l'autre, si les témoins n'ayant été *résumés* que devant un notaire, on pouvait ajouter foi à leurs déclarations. Après deux partages, au rapport du célèbre Dolive, *le Testament fut déclaré nul* (dit l'arrêtiste), *par le seul défaut de la résomption, qui devait être faite devant un juge, et non devant un notaire; car l'on tomba d'accord que ce soldat aurait pu tester ainsi en garnison.*

» Effectivement, la jurisprudence du parlement de Toulouse était alors fixée depuis long-temps sur la validité des Testamens faits dans les garnisons, *jure militari*. Le plus ancien des arrêtistes de cette cour, *Capella Tholozana*, quest. 141, en rapporte un arrêt rendu de son temps; et Christyn, tome 1, décision 109, le cite d'après lui, comme ayant fait cesser tous les doutes à cet égard.

» Maynard, liv. 5, chap. 17, nous en offre deux autres du même parlement, qui sont encore plus remarquables. Un écolier s'enrôle; avant de partir pour l'armée, il fait son Testament en présence du capitaine et du sergent-major de sa compagnie. Par arrêt *prononcé en robes rouges aux arrêts généraux de Noël* 1578, ce Testament *fut trouvé bon, et soutenu par privilége militaire*. Et depuis, continue Maynard, *par autre arrêt, à notre rapport, en l'an d'après*, 1579, *même et semblable Testament fut confirmé.*

» Ce que ces arrêts avaient jugé pour l'ancien territoire français, avant l'ordonnance de 1735, le grand conseil de Malines l'a constamment jugé pour la Belgique.

» Dulaury, §. 183, en rapporte un arrêt du 24 octobre 1615, par lequel fut confirmé le Testament de Charles d'Estrel, capitaine au service du roi d'Espagne, qui n'était pas revêtu des formalités prescrites par l'édit perpétuel de 1611, et auquel on opposait que *ledit capitaine ne l'avait pas fait* IN PRÆLIO ET IN ACIE IPSA, *ains qu'il l'avait passé en la ville de Bruxelles, où il avait été surpris d'une maladie à son passage pour le siége de Rinsbergh* (en Allemagne), *où il allait joindre son régiment; dont on concluait qu'il fallait qu'il fût revêtu des solennités testamentaires, requises par la coutume de ladite ville* : IIS ENIM SOLUMMODÒ MILITIBUS CONCESSUM EST CONDERE TESTAMENTUM MILITARE, QUI IN EXPEDITIONE SUNT; *lequel privilége ne se doit point étendre à ceux qui, étant ès-villes, ont toutes les commodités de tester selon la coutume des lieux où ils se trouvent.* Ces raisons renfermaient toute la substance de celles qu'on fait aujourd'hui valoir contre le Testament du comte de Mercy. Cependant le Testament de Charles d'Estrel fut maintenu.

» Christyn, tome 1, décis. 109, nous rappelle une autre espèce dans laquelle les mêmes objections ont pareillement échoué. Jean Cutine, étant en garnison à Utrecht, avait fait un Testament, non devant sept témoins comme l'exigeait la coutume de cette ville, mais devant le curé et deux témoins seulement. La place d'Utrecht n'était pas alors assiégée, et rien n'annonçait qu'elle fût menacée d'un siége. Question de savoir si ce Testament devait valoir *jure militari*; et le grand conseil

de Malines jugea tout d'une voix pour l'affirmative : *Prædictum legatum de jure effectum sortiri debere, in prædictâ supremâ curiâ, communi omnium consensu, decisum fuit ;* et quels furent les motifs de cet arrêt ? Christyn va nous l'apprendre : *Illo privilegio ac jure militari testandi frui debent, non solùm milites in bello, prælio aut expeditione seu exercitu degentes, sed etiam illi qui, tempore conditi Testamenti, armis vacant et juramentum præstiterunt ipsi principi, et in matriculâ conscripti sunt, ut sunt etiam illi qui in præsidiis existunt..., quia illi quoque rei militari dant operam et parati sunt ad defensionem reipublicæ, civitatis aut regis domini sui ; talis enim debet gaudere privilegiis militaribus.... Undè dicebatur quod evidenter pateret dictum quondàm Joannem Cutine, cùm matriculæ inscriptus fuerit, et juramentum solitum præstiterit, paratusque fuerit ad defensionem urbis, et in eâ constitutus proejusdem præsidio et defensione, un à cum aliis militibus, quòd effectualiter erat in expeditione, quòdque ob id dictum Testamentum et legatum in eo relictum, etiamsi tantùm coràm tribus personis confectum erat jure militari valuisset : cùm textus et Bartolus, in lege* ex eo tempore, D. de militari Testamento, *expressè dicant quòd miles incipit uti privilegio militari, ex eo tempore quo scriptus est in matriculâ.*

» On peut, nous le savons, opposer à ces arrêts une interprétation donnée, le 18 mars 1620, par le conseil privé de Bruxelles, sur la demande de l'official d'Anvers, et rapporté par Anselmo, art. 11, §. 21. L'official d'Anvers demandait au conseil privé, *si les mêmes articles et édits ont lieu en Testamens de soldats faits pendant qu'ils ont en* FERME GARNISON *ès places où l'édit est publié ;* et le conseil privé répondit : *ce qui est dit audit art.* 12, *doit aussi avoir lieu ès Testamens des soldats faits lorsqu'ils sont en garnison.* Mais là-dessus il se présente plusieurs observations également décisives.

» 1° L'interprétation du 18 mars 1620 n'a jamais été reconnue pour loi à Bruxelles ; donnée sur la requête de l'official d'Anvers, elle a tout au plus été publiée dans l'auditoire de ce juge d'exception : et n'ayant été ni préparée ni enregistrée par le conseil de Brabant, elle n'a jamais lié ce tribunal, ni par conséquent fait loi dans son ressort. Déjà, messieurs, vous avez vu que Stockmans, dans sa dixième décision, en fait expressément la remarque.

» 2° L'official d'Anvers ne consultait pas le conseil privé sur les Testamens faits par des soldats en *garnison quelconque*, il ne le consultait que sur les testamens faits par des soldats en *ferme garnison*. Ce n'est donc qu'aux testamens faits par des soldats en *ferme garnison*, que doit s'appliquer la réponse du conseil privé ; car il est de principe qu'on ne doit jamais donner aux mots employés dans la réponse à une question ou demande, une signification plus étendue qu'ils n'ont dans la demande ou question ; et que le sens dans lequel ils sont employés dans celle-ci, forme toujours la mesure du sens dans lequel on doit les entendre dans celle-là. Il y a d'ailleurs ici une raison sans réplique pour restreindre aux soldats en *ferme garnison*, la réponse du conseil privé à l'official d'Anvers : c'est que si on ne la restreignait pas ainsi, il faudrait nécessairement l'étendre aux soldats qui se trouveraient dans quelque garnison que ce fût, et par conséquent aux soldats qui se trouveraient en garnison dans une place assiégée : ce qui choquerait ouvertement toutes les idées reçues, et donnerait à la réponse du conseil privé une latitude vraiment dérisoire.

» Or, à l'époque où le conseil privé a donné cette réponse, qu'entendait-on dans la Belgique, par *soldats en ferme garnison* ? Ces termes désignaient alors des soldats qui étaient tellement attachés à une place de guerre, qu'on ne pouvait pas les en tirer pour les faire passer ailleurs ; des soldats qui étaient véritablement domiciliés dans leurs garnisons ; des soldats qui ne formaient qu'une milice bourgeoise, et comme on parlait alors, une *milice stable*, une *milice permanente*, à la différence de ceux qui composaient l'armée proprement dite, ou pour nous servir de l'expression du pays, la *milice vague ou de campagne.*

» Cette distinction s'est maintenue dans la Belgique, jusqu'à la publication de l'édit de l'empereur Charles VI, du 3 mars 1736, rapporté dans le recueil des placards de Brabant, tome 7, liv. 3, tit. 1, chap. 25, et dont l'art. 9 porte qu'il n'y a pas de *milice stable*, et que les militaires n'ont de domicile *nulle part.* Un article aussi précis paraissait devoir la faire cesser entièrement. Néanmoins il ne parut pas à tout le monde assez formel pour abolir une institution qui avait pour elle l'autorité d'une longue habitude ; et quelques militaires qui croyaient encore appartenir à la *milice stable*, prétendaient à ce titre n'être pas soumis en matière ecclésiastique, à la juridiction du *chapelain-major militaire.*

» Pour faire cesser là-dessus toutes les incertitudes, l'impératrice Marie-Thérèse donna, le 21 février 1753, un édit ainsi conçu :

Tous nos régimens, tant allemands que hongrois, belgiques et italiens, ayant été cons tamment compris dans la milice vague ou de campagne, il ne peut jamais y avoir eu de doutes sur la juridiction ecclésiastique dont ils ressortissent ; et comme il a été décidé que ces mêmes régimens, soit qu'ils se trouvent en campagne et en garnison, ou qu'ils soient répartis en quartiers dans les villes ou au plat pays, dépendent partout, par le même principe, de la juridiction ecclésiastique des aumôniers militaires, et qu'il a été déclaré en plusieurs occasions qu'aucun officier ou autre personne militaire, de quelque rang et qualité qu'il soit, se trouvant assigné dans nos pays, places, forteresses et postes quelconques, ne doit point être considéré comme y étant FERMEMENT *attaché, mais qu'il pourra être changé et transféré ailleurs, toutes les fois que notre service et les circonstances l'exigeront : nous avons résolu de supprimer, comme nous supprimons entièrement, la distinction de* MILICE STABLE *et de* MILICE VAGUE *ou de* CAMPAGNE*; en conséquence de quoi, nous déclarons que tout officier ou personne militaire en général doit reconnaître la juridiction ecclésiastique de notre chapelain major militaire, et des aumôniers militaires par lui établis.*

» Maintenant, messieurs, vous voyez bien pourquoi le conseil privé de Bruxelles répondit, en 1620, à l'official d'Anvers que les *soldats en ferme garnison* ne devaient pas jouir du privilége de *tester militairement*. C'est que, tout en reconnaissant que les militaires en général n'étaient pas soumis aux dispositions de l'art. 12 de l'édit perpétuel de 1611, il sentait qu'on ne devait pas considérer comme militaires, des soldats qui n'en avaient, pour ainsi dire, que le nom, et qui faisaient si peu partie de l'armée, qu'ils n'étaient pas même soumis à la juridiction des juges militaires.

» 3° Quand nous accorderions à la réponse du conseil privé, du 18 mars 1620, une autorité législative qu'elle n'a jamais eue dans le Brabant, quand nous la supposerions commune aux militaires en *ferme garnison* et aux militaires en garnison quelconque, elle serait encore, dans cette double hypothèse, sans application à notre espèce; et la raison en est palpable. De quels militaires parle-t-elle? Des militaires en garnison. Or, le comte de Mercy était-il en garnison à Bruxelles, le 6 mars 1794, ou, ce qui revient au même, la ville de Bruxelles servait-elle de garnison à une partie de l'armée à laquelle il était adjoint? Non, certainement. Bruxelles n'était pas alors, plus qu'elle n'est aujourd'hui, une place de guerre. Démantelée par Joseph II, elle n'était plus qu'une ville sans défense; et les corps de troupes qui s'y trouvaient, ne formaient pas plus une garnison, que ne pouvaient être considérés comme tels, ceux qui étaient cantonnés dans les villages situés entre Bruxelles et les frontières du département du Nord. Bruxelles n'était donc lors qu'un quartier d'hiver. Or, vous avez vu Cujas, Godefroy, Calvinus, Barry, enseigner que les militaires peuvent tester militairement dans les quartiers d'hiver, comme ils le peuvent en présence de l'ennemi ; et il est bien évident que la déclaration du 18 mars 1620 n'a porté aucune atteinte à leur doctrine.

» Que peut-on maintenant opposer au Testament du comte de Mercy, considéré comme Testament militaire?

» Que le comte de Mercy n'avait pas personnellement le droit de tester *jure militari*? Nous avons démontré qu'il était adjoint à l'armée, et c'est d'ailleurs un point de fait sur le jugement duquel l'arrêt attaqué est à l'abri de toute censure.

» Que le comte de Mercy a fait son Testament dans une maison qu'il tenait à loyer? Mais cette maison n'était pas son domicile, c'est un point irrévocablement jugé contre les demanderesses ; et certes, une maison qu'un militaire louerait, pour sa commodité, dans un lieu voisin du théâtre de la guerre, ne le priverait pas du droit d'y tester militairement.

» Que la ville de Bruxelles était alors à vingt lieues des avant-postes français? L'assertion n'est pas, à beaucoup près, exacte ; les places de Maubeuge et d'Avesnes sont bien plus rapprochées de Bruxelles qu'on ne le suppose ; mais qu'importe à cet égard le plus ou moins de distance? Le capitaine d'Estrel, dont le grand-conseil de Malines jugea le Testament valable, en 1615, était à plus de quatre-vingts lieues de l'armée, lorsque, passant par Bruxelles, il y fit ses dernières dispositions : il n'en fut pas moins décidé qu'il avait pu les faire militairement.

» Concluons donc que le comte de Mercy a pu tester dans la forme olographe, comme adjoint aux armées ; et qu'il l'a également pu comme ambassadeur.

» Mais nous devons aller plus loin, et nous devons dire que, quand même le comte de Mercy n'eût été ni ambassadeur, ni adjoint aux armées, lorsqu'il a fait son Testament, l'arrêt qui a jugé son Testament valable, devrait toujours être maintenu, parceque, même

dans cette hypothèse, on ne pourrait citer aucune loi qu'il eût violée directement.

» Cette proposition, au premier abord, peut vous paraître extraordinaire; mais daignez nous entendre jusqu'au bout.

» Quelles sont, dans la supposition que nous venons de faire, les lois auxquelles il serait possible que la cour d'appel de Liége eût contrevenu? Ce ne sont incontestablement que, ou celles de la situation des biens dont la cour d'appel de Liége a jugé les demanderesses valablement dépouillées par le Testament du comte de Mercy, ou celles du lieu de la confection de ce Testament. Il est impossible que d'autres lois aient été violées par l'arrêt de cette cour.

» Or, d'une part, les biens dont les demanderesses sont jugées valablement dépouillées par le Testament du comte de Mercy, sont tous situés dans des pays où les dispositions olographes étaient expressément autorisées à l'époque de la confection de ce Testament.

» Car il ne s'agit ici, ni des biens du département du Nord, ni des biens du département de la Seine, à l'égard desquels le jugement de première instance déclare le Testament neutralisé par la loi du 17 nivôse an 2, qui rendait incompatibles, dans la personne de François d'Argenteau, les qualités de légataire universel et d'héritier *ab intestat* de la ligne paternelle. Vous savez d'ailleurs que la coutume de Paris, par laquelle était alors régi le département de la Seine, permettait les Testamens olographes, et qu'il en était de même des coutumes de Hainaut, de Cambrésis et de la châtellenie de Lille, qui régissaient la majeure partie du département du Nord.

Il ne s'agit donc ici que des biens mobiliers, des immeubles du ci-devant pays de Liege, et de ceux des parties de la ci-devant Lorraine qui sont incorporées dans les départemens de la Meuse et de la Moselle. Or, les Testamens olographes étaient permis par la coutume du domicile du comte de Mercy, et conséquemment par la loi qui régissait ses biens mobiliers, comme ses immeubles liégeois. Ils l'étaient également par l'art. 7 du tit. 11 de la coutume de Lorraine. Ils l'étaient donc par les lois de tous les lieux de la situation des biens aujourd'hui en litige.

» D'un autre côté, s'il est vrai que la loi du lieu où a été fait le Testament du comte de Mercy, ne permettait pas les dispositions olographes, il ne l'est pas moins qu'en jugeant valable le Testament olographe du comte de Mercy, considéré comme simple particulier, la cour d'appel de Liége n'aurait pas jugé contre la teneur de cette loi, mais seulement contre la règle, *locus regit actum*; puisque pour juger contre la teneur de cette loi, il aurait fallu qu'à l'empire de cette loi fussent soumis quelques-uns des biens dont la disposition en forme olographe a été validée.

» Tout se réduit donc à savoir si la règle *locus regit actum*, est fondée sur quelque loi, ou si elle n'a pour appui que des opinions plus ou moins uniformes d'auteurs, et une jurisprudence plus ou moins constante d'arrêts. Car si aucune loi ne l'a consacrée, il est évident que la cour d'appel de Liége a pu la méconnaître impunément; et que le jugement de cette cour ne peut pas être annulé, pour avoir préféré aux auteurs et aux arrêts qui la soutiennent, les auteurs et les arrêts qui la combattent.

» Et bien! Quelque généralement reçue que soit, dans l'ancien territoire français, la fameuse règle *locus regit actum*, non-seulement on ne trouvera, même dans l'ancien territoire français, aucune loi qui la consacre formellement pour les dispositions testamentaires; mais il y en a une, dans la Belgique, qui par son texte littéral, et pour les dispositions testamentaires même, la condamne et la proscrit de la manière la moins équivoque.

» Cette loi est l'art. 13 de l'édit perpétuel de 1611: *Si ès lieux de la résidence des testateurs et de la situation de leurs biens* (porte-t-il), *y a diversité de coutume pour le regard dès dispositions de dernière volonté, nous ordonnons qu'en tant que touche la qualité desdits biens, si on ne peut disposer, en quel âge*, ET AVEC QUELLE FORME ET SOLENNITÉ, *on suivra les coutumes et usances* DE LADITE SITUATION. On ne peut assurément rien de plus clair et de plus positif.

» Aussi tous les auteurs belges qui ont écrit immédiatement après la publication de l'édit de 1611, s'accordent-ils à reconnaître que, par cette disposition, il a rejeté la doctrine des auteurs qui enseignaient, que pour se déterminer sur la validité ou l'invalidité d'un Testament, quant à sa forme extérieure, on ne devait consulter que la loi du lieu où il avait été passé.

» Christyn, dans son recueil d'arrêts du grand-conseil de Malines, tome 4, déc. 5, n° 5, après avoir cité ces auteurs, et leur en avoir opposé d'autres qui enseignaient le contraire, dit que l'opinion des premiers, quoique plus généralement adoptée, n'est plus soutenable dans la Belgique, depuis la publication de l'édit de 1611: *Sed prior opinio, licet jure civili suffragiorum numero sustentetur, moribus tamen auctoritatem perdidit, siquidem solemnitates Testamenti ad jura personalia*

non pertinent, quia sunt quædam qualitas bonis ipsis impressa, secundùm edictum perpetuum anni 1611, art. 13. *Ad quam qualitatem tenetur respicere quisquis in bonis aliquid alterat. Nam ut jura regalia nullum porrigunt effectum extrà territorium, ità et hanc præ se virtutem ferunt, quòd nec alieni territorii leges in se recipiant. Et ideò hanc opinionem Maquerius, tit.* de *successionibus in suâ praxi, relictis scholasticorum auctoritatibus, constantissimè tuetur, et edicto principorum nostrorùm præcitato;* art. 13, *testatores compelluntur ad solemnitates ejus territorii ubi bona sunt sita.* Il ajoute que le grand-conseil de Malines l'avait ainsi jugé, même avant l'édit de 1611, par trois arrêts des 12 octobre 1576, 15 avril 1579 et 1er février 1592. Et il répète la même chose dans son Commentaire sur la coutume de Malines, tit. 17, nº 10.

» Zypæus, official d'Anvers, dans sa *Notitia juris Belgici*, liv. 6, titre *de Testamentis*, dit également : *ubi porrò in loco domicilii et situs rerum mores erunt diversi, quoad..... formam et solemnia, opus erit sequi mores rei sitæ.* Il cite l'art. 13 de l'édit de 1611 ; et, ce qui prouve bien que, par ces mots, *formam et solemnia*, il entend les formes purement extrinséques, purement probantes des Testamens, c'est qu'il ajoute aussitôt : *quod ad litteram observandum et quoad formam, ut non sufficiat æquipollens, præsertim ut subscribant testator, notarius, testesque.*

» Burgundus, qui était conseiller au conseil de Brabant, dans ses Traités *ad consuetudines Flandriæ*, chap. 5, nº 3, tire la même conséquence de l'art. 13 de l'édit de 1611 : *Edicto principum nostrorum*, dit-il, *ad solemnitates ejus territorii ubi bona sunt sita, testatores compelluntur.*

» C'est ce que fait aussi Vinnius, dans son commentaire sur les Institutes, liv. 2, tit. 10, §. 14, nº 5 : *Quæ autem statuta* (ce sont ses termes) *disponunt circà actûs solemnitatem duntaxat, cùm neque rem afficiant, neque personam actum celebrantis, sed ipsam solummodò dispositionem, quæ fit in loco statuti, rationi et juri consentaneum est ut ea vim suam exerant etiam ad bona alibi sita; quia actuum solemnia ad eorum spectant jurisdictionem, in quorum territorio celebrantur.* Voilà le droit commun, voici l'exception. *Planè si lex expressè testatores sequi jubeat jus loci in quo bona sita sunt, aliud dicendum est. Talis est constitutio principum Brabantiæ emissa anno* 1611.

» Nous savons bien que, dans la suite, pour concilier la disposition de cet article avec les opinions des auteurs français, on a cherché à la restreindre aux formalités purement réelles des Testamens, telles que les déshéritances et les lettres d'octroi du prince, que quelques coutumes exigeaient de la part du testateur, pour qu'ils pussent léguer certaines espèces de biens. Tulden, dans son Commentaire sur le Code, titre *de Testamentis*, nº 6, assure que c'était ainsi que, de son temps, on entendait l'édit perpétuel : *atque ità hodiè intelligitur edictum anni* 1611. Mais par ce mot même, *hodiè*, il prouve assez que, dans le principe, on donnait à l'édit un sens plus large, et qu'on l'appliquait aux formalités purement probantes, comme aux formalités réelles. On sent d'ailleurs qu'il est impossible de lui prêter une autre signification, sans faire violence à son texte. Peut-on en effet supposer que, dans l'art. 13, il donne au terme *solennité*, un autre sens que dans l'art 11 ? Or, dans l'art. 11, voici comment il s'exprime : *Pour obvier à la diversité des jugemens qui se rendent sur le fait des* SOLENNITÉS *de la faction des Testamens, déclarons et statuons que ès lieux de nos provinces où les biens sont disponibles, et qui ont leurs coutumes décrétées, on se réglera selon la disposition desdites coutumes, à peine de nullité.* Dans l'art. 12, il règle la forme des Testamens pour les lieux où les coutumes ne sont pas encore décrétées. Et c'est à la suite de ces deux dispositions, que vient l'art. 13, où les expressions *forme, solennité*, se trouvent encore employées, sans aucune modification qui annonce que le législateur les y entende dans un sens nouveau.

» Soyons de bonne foi, les jurisconsultes, les magistrats qui, dans l'art. 13, ont donné à ces expressions un nouveau sens, ont montré beaucoup d'esprit, ont fait preuve d'une grande subtilité; mais ils ont plutôt tronqué qu'expliqué un texte qui s'opposait si ouvertement à leur système.

» On dira sans doute que leur système a été adopté par une déclaration du conseil privé de Bruxelles, du 31 juin 1634, à laquelle le conseil de Brabant lui-même, suivant le témoignage de Stockmans, décl. 9, a conformé sa jurisprudence. Mais qu'on y prenne bien garde. Le conseil privé de Bruxelles n'a pas décidé par la déclaration du 31 juin 1634, et le conseil de Brabant n'a pas jugé par les arrêts cités dans le recueil de Stockmans, qu'un Testament fait dans la forme prescrite par la loi de la situation des biens, ne dût pas avoir son effet, faute d'être revêtu des solennités prescrites par la loi du lieu de sa confection. La déclaration a seulement décidé, et les arrêts ont seulement jugé, qu'un Testament fait dans

la forme prescrite par la loi du lieu de sa confection, devait avoir son effet pour les biens situés dans des pays dont les lois prescrivaient d'autres formes; et il y a, entre ces deux espèces, une différence incommensurable.

» Qu'un souverain laisse exécuter dans ses Etats, un Testament fait au dehors et dans une forme différente de celle qu'il a lui-même réglée, ce n'est de sa part qu'une déférence bénévole, et à laquelle il se prête d'autant plus volontiers, qu'elle ne peut qu'être payée par ses voisins d'une juste réciprocité. Mais regarder comme nul dans ses Etats, un Testament fait au dehors avec toutes les formes qui sont requises dans ses Etats même, c'est pousser la complaisance beaucoup plus loin, c'est à quoi il pourrait ne pas se déterminer aussi facilement.

» Aussi, voyons-nous Rodenburg, dans son Traité *de jure quod oritur ex statutorum diversitate*, tit. 2, chap. 3, Voët le père, dans son Traité *de statutis*, sect. 9, chap. 9, et Voët le fils, dans son Commentaire sur le Digeste, titre *de Statutis*, n° 15, soutenir qu'encore que, par l'opinion générale des auteurs, un Testament fait dans la forme du lieu de sa confection, doive avoir son effet sur les biens situés dans les lieux régis par des lois différentes, on doit néanmoins exécuter dans le lieu du domicile pour les meubles, et dans le lieu de la situation pour les immeubles, un Testament qui a été fait au dehors, non dans la forme du lieu de sa confection, mais dans celle de la situation ou du domicile (1).

» Il est donc bien constant que, même en faisant abstraction des qualités d'ambassadeur et d'adjoint aux armées, qui dispensaient le comte de Mercy des solennités prescrites par la loi de Bruxelles, on ne peut pas accuser la cour d'appel de Liége d'avoir contrevenu à cette loi, en ordonnant l'exécution d'un Testament qui d'ailleurs était conforme aux lois desquelles dépendent les biens litigieux. Ainsi raison de plus pour rejeter le premier moyen de cassation des demanderesses.

» Leur second moyen serait incontestablement fondé, s'il était recevable. Oui, l'arrêt de la cour d'appel de Liége serait infailliblement cassé, s'il avait jugé définitivement que la loi du 17 nivôse an 2 n'a pas été rendue obligatoire dans les départemens de la Meuse et de la Moselle, par la seule publication qui en a été faite de l'autorité des tribunaux de district de ces deux départemens; s'il avait jugé définitivement que, pour y devenir obligatoire, il a fallu que cette loi fût publiée dans chacune des municipalités.....(1)

» Mais ce n'est point là ce qu'a jugé l'arrêt de la cour d'appel de Liége: il a seulement ordonné aux demanderesses de prouver qu'avant le décès du comte de Mercy, la loi du 17 nivôse an 2 avait été publiée dans les communes des départemens de la Meuse et de la Moselle où le comte de Mercy avait laissé des biens; et il le leur a ordonné, *sans rien préjuger*, ce sont ses propres termes: il le leur a ordonné, en réservant les dépens qu'avait occasionnés cette partie de la contestation.

» Quel est d'après cela, le caractère de cet arrêt? Est-il définitif? Non puisqu'il déclare lui-même que rien n'est préjugé par sa disposition. Il est donc purement préparatoire. Or, un arrêt préparatoire est-il passible du recours

(1) Je ne me suis ainsi expliqué dans ces conclusions, que pour établir que la règle *locus regit actum*, ne pouvait pas motiver la cassation de l'arrêt de la cour d'appel de Liége qui l'avait écartée. et je n'ai pas entendu souscrire à l'opinion de Rodenburg et des deux Voët, que j'avais d'ailleurs combattue à l'article *Preuve*, sect. 2, §. 3, art. 1, n° 3.

Cette opinion est, à la vérité, comme on le verra ci-après, §. 4, art. 2, n° 4, érigée en loi par l'art. 999 du Code civil, en ce sens qu'il déclare valable le Testament olographe que ferait un Français, d'après la loi du lieu de son domicile, dans un pays étranger dont la loi n'admettrait pas cette manière de tester.

Mais le même article la condamne formellement à l'égard des *Testamens par acte authentique*: il ne permet même au Français qui se trouve en pays étranger, d'y faire un pareil Testament *qu'avec les formes usitées dans le lieu où cet acte est passé*.

L'art. 994 y fait pourtant une exception pour le cas où un Français voudrait tester dans un pays étranger où serait établi un officier public français, c'est-à-dire, où se trouverait, soit un agent diplomatique, soit un consul ou vice-consul de France, accrédité près le gouvernement local: il prescrit, en ce cas, au Français de tester devant l'officier public de sa nation, *suivant les formes prescrites en France*. Mais si le Testament est fait devant un officier public étranger, il ne le reconnaît pour valable, qu'autant qu'il aura été dressé *suivant la forme usitée dans le pays où il aura été fait*.

C'est ainsi qu'aux termes de l'art. 48, *tout acte de l'état civil des Français en pays étranger sera valable, s'il a été reçu conformément aux lois françaises, par les agens diplomatiques ou par les consuls*; mais qu'aux termes de l'art. 47, *tout acte de l'état civil des Français fait en pays étranger* devant les officiers publics locaux, ne fait foi en France qu'autant qu'il *a été rédigé dans les formes usitées dans ledit pays*; disposition que l'art. 170 renouvelle spécialement par rapport au mariage contracté par un Français en pays étranger

V. ci-après, §. 4, art. 2, les conclusions de M. l'avocat général Gilbert de Voisins, sur le Testament de M. de Pommereuil.

(1) *V.* l'article *Loi*, §. 5, n° 3.

en cassation ? L'art. 14 de la loi du 2 brumaire an 4 va nous répondre : *Le recours en cassation contre les jugemens préparatoires et d'instruction ne sera ouvert qu'après le jugement définitif; mais l'exécution même volontaire de tel jugement ne pourra, en aucun cas, être opposée comme fin de non-recevoir.*

» Qu'oppose-t-on à une loi aussi précise ? Trois objections.

» Et d'abord, on dit que la preuve ordonnée par la cour d'appel de Liége, est absolument frustratoire; qu'en l'ordonnant, la cour d'appel de Liége a, sinon admis, du moins supposé, le faux principe qui lui a fait regarder cette preuve comme nécessaire aux demanderesses pour obtenir les fins de leurs conclusions relatives aux biens des départemens de la Meuse et de la Moselle; qu'ainsi, l'arrêt, quoique préparatoire en apparence, est réellement définitif; que, d'ailleurs, il contient un déni formel de justice, puisqu'il refuse d'adjuger tout de suite aux demanderesses des biens qui leur sont indubitablement déférés par la loi.

» Mais raisonner ainsi, n'est-ce pas soutenir, en d'autres termes, que l'art. 14 de la loi du 2 brumaire an 4 n'est pas obligatoire ? N'est-ce pas prétendre, en d'autres termes, que cet article doit être rayé de notre Code judiciaire ? N'est-ce pas, en un mot, vouloir abroger cet article ?

» On pourrait, en effet, opposer le même raisonnement, par exemple, à la fin de non-recevoir dont une partie exciperait contre la demande en cassation d'un arrêt qui ordonnerait une expertise. On pourrait l'opposer à la fin de non-recevoir qui tendrait à écarter le recours en cassation contre un arrêt par lequel, avant faire droit, le rapport de certaines pièces aurait été ordonné. On pourrait l'opposer à la fin de non-recevoir contre la demande en cassation d'un arrêt qui ordonnerait de contester plus amplement sur un point en litige. On pourrait enfin l'opposer dans tous les cas où la loi du 2 brumaire an 4 veut que cette fin de non-recevoir exerce un empire absolu.

» Il y a plus. On pourrait aussi l'opposer à la fin de non-recevoir dont une partie se prévaudrait contre l'appel d'un jugement de première instance, qui n'aurait fait qu'ordonner une expertise, une preuve, une instruction quelconque, dont l'inutilité serait constante. Car ce que l'art. 14 de la loi du 2 brumaire an 4 défend pour le recours en cassation, l'art. 6 de la loi du 3 brumaire an 2 le défend aussi pour l'appel, pour l'appel qui est une voie ordinaire, pour l'appel qui, à tous égards, est infiniment plus favorable que le recours en cassation.

» Et cependant la cour de cassation a prouvé par plusieurs de ses arrêts, combien elle est jalouse de maintenir dans toute sa sévérité, la défense que fait cette dernière loi de se pourvoir par appel contre les jugemens préparatoires.....

» Une troisième objection reste aux demanderesses, et c'est la plus faible : elle consiste à dire que l'arrêt de la cour d'appel de Liége est au moins définitif dans celle de ses dispositions qui déclare valable le Testament du Comte de Mercy; et qu'il n'en faut pas davantage pour soumettre ses autres dispositions, quoique purement préparatoires, au recours en cassation.

» Ce n'est pas sans peine, messieurs, que nous voyons proposer devant vous un moyen aussi frivole : la maxime *tot capita, tot sententiæ*, est trop connue, elle le réfute trop victorieusement, pour qu'ils soit nécessaire de nous y arrêter.

» Nous estimons qu'il y a lieu de rejeter la requête des demanderesses et de les condamner à l'amende ».

Par arrêt du 28 ventôse an 13, au rapport de M. Génevois,

« Attendu 1° que, par l'arrêt demeuré sans recours, rendu par la cour d'appel séant à Bruxelles, le 4 frimaire an 10, il a été décidé que le domicile du comte de Mercy-Argenteau n'était pas à Bruxelles, mais au contraire dans le pays de Liége; que, dans le pays de Liége, la loi permettait de tester dans la forme *olographe*; que, dans les circonstances forcées où se trouvait placé le comte de Mercy-Argenteau, par la mission diplomatique et militaire dont il était revêtu, on ne pouvait raisonnablement lui contester la faculté d'exercer, hors du territoire de son domicile, le droit personnel qui lui était acquis par la loi de ce même domicile;

» Attendu 2° que l'arrêt attaqué n'a ordonné la preuve de la publication des lois des 5 brumaire et 17 nivôse an 2, par les municipalités de la situation des biens, qu'avec cette restriction *avant faire droit, et sans rien préjuger*; que par conséquent, ce disipostif est purement préparatoire, et n'est, d'après la loi, susceptible de recours en cassation qu'après le jugement définitif, sans que, pour raison de son exécution, même volontaire, il puisse en résulter contre les demanderesses aucune fin de non-recevoir;

» D'où il suit que le recours en cassation ne peut être admis en l'état, sans contrevenir for-

mellement à la disposition de l'art. 14 de la loi du 2 brumaire an 4 (1) ;

- » La cour rejette le pourvoi....».]]

§. IV. *Des Testamens olographes.*

Cinq objets principaux se présentent ici à examiner :

[[1° Quelles étaient les règles de l'ancien droit, et quelles sont celles du droit actuel, sur la faculté de tester dans la forme olographe ?]]

2° Est-ce de la loi du domicile du testateur, ou de celle du lieu où il se trouve, que dépend la faculté de tester dans la forme olographe.

3° Quelles sont les formalités tant intrinsèques qu'extrinsèques qui sont propres aux Testamens olographes ?

4° Un Testament olographe que le Testateur a voulu revêtir de la forme mystique, doit-il valoir comme Testament olographe, lorsqu'il y a des nullités dans l'acte de suscription ?

[[5° Formalités à remplir pour l'exécution d'un testament olographe. Questions qui peuvent s'élever à ce sujet.

6° Quels sont les effets et les suites de la non-reconnaissance de l'écriture et de la signature d'un testament olographe, de la part des héritiers *ab intestat* ?]]

7° Les testamens olographes dont l'écriture et la signature sont reconnues par les héritiers *ab intestat*, ou tenues pour telles, font-ils foi de leur date ?

[[ART. I. *Quelles étaient les règles de l'ancien droit, et quelles sont celles du droit actuel, sur la faculté de tester dans la forme olographe ?*

I. On trouve dans les Pandectes plusieurs vestiges de dispositions de dernière volonté faites dans la forme olographe.

Dans la loi 88, *de legatis* 2°, le jurisconsulte Scévola rapporte la formule d'un testament olographe dont l'auteur, avant d'instituer ses héritiers, s'était exprimé en ces termes : *Lucius Titius hoc meum testamentum scripsi, sine ullo jurisperito, rationem animi mei potiùs secutus quàm nimiam et miseram diligentiam ; et si minùs aliquid legitimè minùsve peritè fecero, pro jure legitimo haberi debet hominis sani voluntas ;* et il décide, sans doute parceque ces paroles équipollent à la clause codicillaire, que l'institution d'héritier doit valoir comme fidéicommis : *deindè heredes instituit. Quæsitum est, intestati ejus bonorum possessione petitâ, an portiones adscriptæ ex causâ fideicommissi peti possint ? Respondi, secundùm ea quæ proponerentur, posse.*

Scévola nous présente encore, dans la loi 37, §. 6, D. *de legatis* 3°, un exemple de testament olographe : *Titia honestissima fœmina, cùm in negotiis suis operâ Callimachi uteretur, qui ex testamento capere non poterat, testamento facto manu suâ, ità cavit :* VOLO DENTUR CALLIMACHO MERCEDIS GRATIA DENARIORUM DECEM MILLIA. *Quæro an hæc pecunia ex causâ mercedis ab heredibus Titiæ exigi possit Respondi non idcircò quod scriptum est, exigi posse.* Le jurisconsulte répond, comme l'on voit, que le legs n'est pas valable ; mais pourquoi ? Est-ce à raison de la forme extérieure du Testament. Non, c'est uniquement à raison de l'incapacité du légataire. Aussi Accurse remarque-t-il sur cette loi, que le legs était valable dans la forme, parceque la testatrice l'avait écrit de sa main : *Testamentum fecit suâ manu, sciebat enim scribere.*

Le jurisconsulte Scévola, dans la loi 89, D. *de legatis* 2°, décide encore qu'une simple lettre missive, par laquelle un testateur, qui avait précédemment institué pour héritiers sa fille et sa femme, et les avait chargées d'un legs au profit d'un tiers, suffit, si l'écriture en est reconnue ou vérifiée, non seulement pour la preuve, mais encore pour la validité de ce legs : *testamento filium et uxorem suam heredes instituit : posteà epistolam scripsisse dicitur, quâ et quidquid in peculio habuit filius, ei donavit, et adjecit* PRÆCIPUAM HÆC EUM, SUIQUE JURIS, ET POST MORTEM SUAM, HABERE VELLE. *Quæro, cùm testamento significaverit si quid obsignatum recepisset, id vice codicillorum valeret, epistola autem non sit obsignata, an quæ epistolâ continentur, ad filium pertineant ? Si fides epistolæ relictæ constaret, deberi quæ in eâ dare se velle significavit.*

Il ne faut pourtant pas inférer de ces textes, que, du temps du jurisconsulte qui les a écrits, un véritable testament, c'est-à-dire, un acte de dernière volonté contenant une institution d'héritier, pût être fait dans la forme olographe.

D'abord, il n'y est question que de legs et de fidéicommis, dispositions de dernière volonté qui n'étaient assujéties à aucune espèce de forme, et pour l'efficacité desquelles il

(1) Ce second point aurait-il pu être jugé différemment, si, à l'époque de l'arrêt de la cour d'appel de Liége, le Code de procédure civile eût été en vigueur? *V.* l'article *Interlocutoire*, n° 3, et le plaidoyer du 18 janvier 1813, rapporté ci-après, sect. 4, §. 3.

suffisait qu'il constât, n'importait comment, de la volonté du testateur ; *et in epistolâ, vel libello, vel sine scripturâ, imò nutu fideicommissum relinqui posse adhibitis testibus, nulla dubitatio est.* Ce sont les termes de la loi 22, C. *de fideicommissis*, qui est extraite d'un rescrit des empereurs Dioclétien et Maximien, de l'année 293.

En second lieu, les legs et les fidéicommis eux-mêmes furent, dans la suite, soumis à des solennités absolument exclusives de la forme purement olographe. Une loi de l'empereur Théodose, de l'année 424, en maintenant, pour les testamens proprement dits, la nécessité de la présence de sept témoins, régla qu'à l'avenir aucune disposition de dernière volonté, même écrite de la main du testateur, ne serait valable, si elle n'était faite devant cinq témoins : *in omni autem ultimâ voluntate, excepto testamento, quinque testes, vel rogati, vel qui fortuitè venerint, in uno eodemque tempore debent adhiberi*, SIVE IN SCRIPTIS, *sive sine scriptis voluntas conficiatur : testibus videlicet, quandò in scriptis voluntas componitur, subnotationem suam accommodantibus.* Ce sont les termes de la loi 8, §. 3, C. *de codicillis.*

Mais peu de temps après, une femme nommée Pelagie, étant morte laissant un testament purement olographe, ses héritiers institués s'adressèrent à l'empereur Valentinien III, qui, touché des raisons qu'ils firent valoir en faveur de cette manière de tester, prit sur lui de confirmer, par un rescrit, les dispositions de la testatrice. C'était, de sa part, un abus de pouvoir manifeste, une véritable rétroactivité ; mais il ne s'en tint pas là : il ordonna que la décision contenue dans son rescrit, fût observée comme une loi générale : *ne tamen hujus statuti salubritatem generi negemus humano, mansurâ jugiter lege decernimus ut quisquis per olographam scripturam supremum maluerit ordinare judicium, habeat liberam facultatem. Nostræ posthac beneficio sanctionis intestatus nemo morietur cui fuerit sollicitudo testandi ; latè viam supremis aperimus arbitriis : si olographâ manu testamenta condantur, testes necessarios non putamus.*

Cette loi, connue sous le nom de *Novelle de Valentinien*, reçut bientôt une nouvelle sanction par l'insertion qui en fut faite dans le code de Théodose le jeune, sous le titre *de testamentis.*

Mais elle fut enveloppée dans l'abrogation de ce code prononcée par la loi qui se trouve à la tête de celui de Justinien sous le titre *de Justinianæo codice confirmando ;* et dès-lors, cessa absolument l'usage du testament olographe.

Cependant Justinien lui-même le rétablit par sa novelle 107, mais seulement pour les dispositions qu'un père ferait de ses biens, même à titre d'institution d'héritier, entre ses enfans : *si quis litteras sciens inter suos filios voluerit facere dispositionem, primùm quidem ejus subscriptione tempus declaret, deindè quoque filiorum nomina propriâ manu : ad hoc uncias in quibus eos scripsit heredes, non signis numerorum significandas, sed per totas litteras declarandas, ut undiquè claræ et indubitatæ consistant. Si verò etiam rerum voluerit facere divisionem, aut in quibusdam certis, aut omnes, aut quasdam institutiones statuere, et harum inscribat significationes : ut ejus litteris omnia declarata nullam ulteriùs contentionem filiis dereliquant.*

Et la preuve que, par cette novelle, Justinien ne fit pas revivre celle de Valentinien pour toutes les dispositions de dernière volonté, c'est qu'il ajouta expressément que, si, à l'institution d'héritier faite en faveur de ses enfans, le testateur accolait quelques legs ou fidéi-commis au profit de sa femme ou d'un étranger, ces legs ou fidéi-commis ne seraient valables qu'autant qu'il y aurait appelé des témoins dans la forme du droit commun : *si tamen aut uxori aut extraneis personis voluerit relinquere legata aut fideicommissa, et hæc propriâ scripta manu dictaque à testatoribus* CORAM TESTIBUS, *quoniam omnia consequenter in dispositione posita, ipsi et scripserunt et volunt valere, sint firma.*

Aussi Cujas, dans ses observations sur le titre *de testamentis* du code de Justinien, remarque-t-il, après avoir rappelé la novelle de Valentinien, qu'elle n'est plus en usage, et que, dans le dernier état du droit romain, le testament écrit en entier de la main du testateur, n'en est pas moins nul, s'il n'y intervient des témoins : *hoc jure non utimur*, dit-il, *nam in testamentis olographis requiruntur testium signa.* Il ajoute que le Testament olographe n'a lieu que du père aux enfans, et qu'il est nul pour les étrangers : *ergò quantùm ad extraneos imperfectum est ; quantùm ad liberos, pro perfecto est. Hæc est verissima sententia hujus loci.*

II. Il y avait pourtant de très-bonnes raisons pour justifier la permission qu'avait accordée la novelle de Valentinien, de tester, dans tous les cas, dans la forme olographe ; et cette loi les avait indiquées elle-même.

1° Un mourant qui veut disposer de son bien,

n'est pas toujours à portée d'écrivains publics et de témoins pour le faire dans une forme plus solennelle : *Multis enim casibus sœpè contingit ut morientibus testium numerus et copia denegetur.*

2° Oter à un malade la faculté de tester en forme olographe, c'est encourager à l'obséder ou à le tenir en quelque sorte enfermé sous la clef, tous ceux qui ont intérêt à ce qu'il ne dispose point, ou à ce qu'il ne change rien à ses dispositions antérieures : *aliorum testatas prohibentesse volunt ates, iiqui velut obsessos conclavibus suis solent custodire languentes.*

3° Quoi de plus sage, au contraire, que de laisser aux testateurs tout le temps nécessaire de bien examiner leurs testamens, de les lire et relire à loisir et de les reformer toutes et quantes fois ils le jugent à propos? *Quibus nos licentiam tempusque largimur, ut voluntatem quam de rebus propriis conceperint. frequenter scribant, frequenter retractent, frequenter emendent, et quot voluerint diebus in tantâ præsertim causæ meditatione versentur : hœc enim deliberatio nihil immaturum relinquit, cui licebit sæpè dictata corrigere.*

Il n'est donc pas étonnant que, lorsqu'on rédigea les coutumes qui ont si longtemps régi une grande partie de la France, on ait inséré dans la plupart de ces lois municipales, des dispositions qui, donnant à la novelle de Valentinien la préférence sur celle de Justinien, consacrèrent l'usage des testamens olographes pour tous les cas.

L'art. 126 de l'ordonnance du mois de janvier 1629 érigea même ces dispositions en loi générale : *les Testamens appelés olographes* (y était-il dit), *écrits et signés de la main du testateur, seront valables par tout notre royaume, sans qu'il soit besoin de plus grande solennité.*

Mais cette ordonnance n'ayant été enregistrée au parlement de Paris que dans un lit de justice, n'eut jamais, aux yeux de cette cour, le caractère d'une loi obligatoire que dans les matières sur lesquelles elle était d'accord avec son ancienne jurisprudence.

Les parlemens de Toulouse, de Bordeaux et de Grenoble ne l'enregistrèrent qu'avec des modifications d'après lesquelles l'art. 126 ne devait avoir son exécution dans leurs ressorts, *qu'aux termes du droit écrit*, c'est-à-dire, aux termes de la novelle 107 de Justinien.

Le parlement de Dijon fut le seul qui, en l'enregistrant, ne mit à l'art. 126 aucune modification pour les pays de droit écrit de son ressort; mais il en excepta formellement les pays coutumiers où il existait des statuts contraires ou différens.

L'ordonnance de 1735 laissa, à cet égard, les choses sur le pied où elle les trouva : « l'u» sage des Testamens, des codiciles et autres » dispositions olographes (porta-t elle, art. » 19), continuera d'avoir lieu dans les pays et » dans les cas où ils ont été admis jusqu'à pré» sent ».

Mais enfin, l'art. 969 du Code civil a établi là-dessus une règle uniforme : « un Testament » (a-t-il dit) pourra être olographe, ou fait » par acte public, ou dans la forme mysti» que ».

III. Cette disposition n'a pourtant pas tari la source des contestations qu'avait fait naître l'art. 19 de l'ordonnance de 1735, en se référant aux usages du temps où il avait été publié : faite uniquement pour l'avenir, elle n'a ni prononcé ni pu prononcer sur la validité des Testamens qui avaient été faits jusqu'alors en forme olographe dans les différentes parties de la France; et comme il existe encore beaucoup de ces Testamens, il importe de nous fixer sur leur mérite, en remontant à la jurisprudence qui régissait chaque province au moment de la publication de l'ordonnance de 1735

Commençons par les pays de droit écrit.

IV. On a vu au n° précédent que le parlement de Dijon avait enregistré purement et simplement l'art. 126 de l'ordonnance de 1629 pour les pays de droit écrit de son ressort, c'est-à-dire, pour les pays de Bresse, Bugey, Gex et Valromey. L'usage des Testamens olographes s'y établit, dès-lors, sans difficulté.]]

Cet usage a été confirmé, depuis l'ordonnance de 1735, par un arrêt bien précis. Pierre Baron avait fait son testament dans la forme olographe le 28 septembre 1747, et par cet acte, avait nommé son héritier le sieur Cotin de La Barre de Joucy. Ses successeurs *ab intestat* ont prétendu que cette forme de tester ne pouvait avoir lieu dans la Bresse; mais par arrêt du parlement de Dijon, du 21 août 1748, il a été ordonné *que le Testament serait exécuté comme olographe, conformément à l'art. 126 de l'ordonnance de 1629, et aux art. 19 et 20 de l'ordonnance de 1735.* Les successeurs *ab intestat* se sont pourvus en cassation; mais ils ont été déboutés avec amende et dépens, par arrêt du conseil du mois de mars 1751 (1).

V. Le parlement de Metz a jugé, par arrêt

(1) *Supplément aux Notes sur le Scholiaste de Perrier*, tome 1, page 10.

79995

du 7 juillet 1654 (1), que les Testamens olographes avaient lieu à Toul. L'arrêt avait été précédé d'une enquête sur l'usage.

La même chose a été jugée le 25 mai de l'année suivante au parlement de Paris. Deux avocats célèbres plaidaient dans la cause. Michel Langlois, pour l'héritier *ab intestat*, attaquait le Testament et disait que la ville de Toul était régie par le droit écrit, on ne pouvait pas y admettre les dispositions olographes. Jacques de Montholon plaidait pour l'héritier institué, et soutenait « qu'encore que le droit » écrit fût reçu dans la ville de Toul, ce n'é» tait pas comme loi, mais comme coutume, » modifiée en une infinité de cas par l'usage(2)».

VI. Les parlemens de Toulouse (3), de Grenoble, d'Aix et de Bordeaux (4), n'admettent le Testament olographe que dans le cas de la novelle 107 de Justinien, c'est-à-dire, en faveur des dispositions d'un père entre ses enfans. Un arrêt du parlement de Toulouse, du 9 février 1671, a déclaré nul un Testament fait dans cette forme par un enfant au profit de son père. Un autre de arrêt la même cour, du 21 avril 1747, a annullé un Testament olographe, quoique fait en faveur de la cause pie, et en cela elle a dérogé, d'après l'esprit de l'art. 78 de l'ordonnance de 1735, à son ancienne jurisprudence, qui assimilait en cette matière la cause pie aux enfans (5).

VII. A l'égard des pays de droit écrit du ressort du parlement de Paris, la question de savoir si les Testamens olographes y étaient valables hors du cas précis de la novelle 107, a paru d'abord incertaine, et il y a eu des arrêts contraires.

Le 7 septembre 1626, il en est intervenu un qui, en déclarant nul un Testament olographe fait dans le pays de Forez, a ordonné « que toutes les personnes du bailliage de Forez seraient tenues de garder dans leurs testamens, les formes et solennités prescrites par le droit civil, et que l'arrêt serait lu et publié au bailliage de Forez, l'audience tenant ».

La cinquième chambre des enquêtes, qui avait jusque-là jugé le contraire, s'opposa à la prononciation de cet arrêt; mais, par le suffrage de toutes les autres chambres, il fut décidé qu'il serait prononcé en robes rouges(1).

Malgré cette décision solennelle, la cinquième chambre des enquêtes confirma, le 27 janvier 1651, un Testament olographe fait en Auvergne, dans la ville de Saint-Flour, régie par le droit écrit: elle ordonna même que l'arrêt serait lu et publié au bailliage de cette ville.

Voici comment on parlait de cet arrêt dans un mémoire fait lors de celui du 20 août 1725, qu'on rapportera dans l'instant: « On sait que » la grand'chambre est le tribunal qui repré» sente toute la majesté de la cour, et auquel » seul il appartient de faire des règlemens. Il » ne convient donc point d'opposer l'arrêt de » 1651 à celui de 1626. L'un est l'effet de l'at» tachement d'une chambre à son opinion » particulière, l'autre est l'ouvrage du corps » entier du parlement. Il y a dans ces deux » arrêts la même clause pour la publication, » mais il n'y avait pas la même autorité pour » l'ordonner ».

Cette critique n'était pas fondée; et il n'y avait pas d'opposition proprement dite entre l'arrêt de 1626 et celui de 1651. Le premier avait été rendu en point de droit, pour le pays de Forez. Le second n'avait eu pour fondement qu'un usage établi dans la province d'Auvergne, et commun tant à la partie de cette province qui est régie par le droit écrit, qu'à celle qui est soumise à la coutume. Cet usage avait même été approuvé par un arrêt du 4 juillet 1601, confirmatif d'une sentence du bailliage des montagnes d'Auvergne à Aurillac, et par un autre du 7 août 1649, confirmatif d'une sentence de la sénéchaussée de Clermont; et il le fut encore depuis 1651, par un autre arrêt du 20 juillet 1652 (2).

Les 4 mars 1651 et 29 juillet 1676, il y eut encore des arrêts en faveur des Testamens olo-

---

(1) [[C'est Ricard, à l'endroit indiqué dans la note suivante, qui date cet arrêt du 7 juillet 1654; mais Gabriel, dans ses *observations détachées sur les coutumes et usages du ressort du parlement de Metz*, tome 2, page 612, cite deux auteurs du pays qui le datent, l'un du 2, l'autre du 16 juillet 1654.]]

(2) Ricard, part. 1, n° 1490; *Journal des Audiences*.

(3) Denisart, au mot *Testament*, dit que le Testament olographe a lieu et dans le Languedoc, qui est du ressort du parlement de Toulouse, et dans le Limosin, qui est de celui du parlement de Bordeaux. C'est une double méprise. *V.* Rousseaud de Lacombe, au mot *Testament*, sect. 3, dist. 4.

(4) Graverol, sur Larocheflavin, liv. 4, lettre T, tit. 4, art. 11. *Décisions sommaires du palais*, par la Peyrère, au mot *Testament*, n° 6, édition de 1807. *Traité des successions* de Montvalon, tome 1, page 347.

(5) Serres, *Institution au droit français*, liv. 2, tit. 10.

(1) Bouguier, lettre T, chap. 5; Henrys, liv. 5, chap. 1 et 2; Ricard, part. 1, n° 1487; Brillon, tome 6, page 676, édition de 1727.

(2) Henrys, liv. 5, quest. 67.

graphes faits dans le Mâconnais ; et ce qui les détermina, fut qu'il paraissait par des actes de notoriété, par des sentences du bailliage de Mâcon, et par l'exemple d'un grand nombre de testamens, que ces sortes de dispositions étaient admises dans cette province (1).

La question se présenta pour le Beaujolais, au commencement du dix-huitième siècle, et demeura long-temps indécise. Il s'agissait du testament et des codicilles olographes de Louis d'Epinay. Une sentence des requêtes du Palais, du 6 juillet 1719, les déclara nuls *comme non revêtus des formalités prescrites par le droit écrit.* Sur l'appel, les prévôt des marchands et échevins de Lyon intervinrent pour en soutenir le bien jugé ; et après la discussion la plus approfondie de part et d'autre, il intervint, au rapport de M. l'abbé Pucelle, le 20 août 1725, un arrêt qui mit l'appellation au néant avec amende et dépens (2)

[[L'intervention du prévôt des marchands et des échevins de la ville de Lyon dans cette affaire, prouve clairement deux choses : la première, que, dans l'opinion de ces magistrats, la jurisprudence devait, sur cette matière, être la même pour le Lyonnais que pour le Beaujolais ; la seconde, que, dans le fait, les Testamens olographes au profit d'étrangers, n'étaient admis ni dans l'une ni dans l'autre de ces deux petites provinces ;

Et en effet, on voit par les mémoires publiés par les avocats des deux parties dans cette affaire, et qui nous ont été conservés dans le *Dictionnaire des arrêts* de Brillon, au mot *Testament*, n° 179, qu'ils étaient l'un et l'autre parfaitement d'accord sur la conformité de la règle à suivre, en cette matière, dans le Lyonnais avec celle qui devait avoir lieu dans le Beaujolais.

Aussi Brillon, après avoir rapporté cet arrêt, à l'endroit cité, page 682, ajoute-t-il : « Ainsi, « il demeure constamment jugé que les Tes- » tamens olographes n'ont point lieu dans le » LYONNAIS, Forez et Beaujolais, dans le cas dont » il était question; sauf à examiner les distinc- » tions faites par les arrêts cités de part et d'au- » tre, en faveur de la cause pie *et inter liberos* ».

Il est vrai, comme le remarque le même auteur, qu'à l'audience, de la grand'chambre où la cause avait été solennellement plaidée, M. l'avocat général de Lamoignon avait conclu à ce que le Testament de Louis d'Épinay fût déclaré valable.

Mais la preuve qu'il ne s'était pas fondé sur l'usage particulier, soit du Beaujolais, soit du Lyonnais, c'est qu'il avait expressément requis que l'arrêt à intervenir, dans le cas où il adopterait ses conclusions, fût *lu, publié et exécuté comme réglement* DANS TOUT LE RESSORT DE LA COUR.

Sur quoi avait-il donc motivé son avis ? Sur un système d'après lequel, en effet, s'il eût été fondé, son avis n'aurait pu éprouver aucune contradiction. Il avait soutenu que, relativement aux testamens olographes, la novelle 107 de Justinien ne faisait pas loi dans les pays de droit écrit, notamment dans ceux du ressort du parlement de Paris, et que l'on ne devait y juger la question de la validité ou de la nullité de ces sortes de Testamens, que d'après la novelle de l'empereur Valentinien, parce qu'elle faisait partie du Code de Théodose qui avait été promulgué dans les Gaules, tandis que le Code de Justinien et les novelles qui en forment le complément, n'y avaient jamais été observés lorsqu'on en retrouva le manuscrit dans la suite des temps.

Mais ce système fut victorieusement réfuté par le savant auteur de l'*Histoire de la jurisprudence romaine*, par Terrasson, avocat des héritiers *ab intestat* du sieur d'Épinay, dans le mémoire qu'il publia pour eux après l'appointement de la cause.

« Que le Code de Théodose (dit-il) soit observé en France au préjudice de celui de Justinien, c'est un paradoxe inouï. L'appelante (la dame Grumel, héritière instituée par le Testament olographe dont il s'agit) n'aurait eu garde de rien hasarder de semblable dans un pays de droit écrit, où chacun connaît la loi qui s'y observe ; elle a cru pouvoir sur cela en imposer plus facilement dans un pays de coutume, où le droit romain est moins familier, parce qu'il y paraît moins nécessaire. Mais on sait qu'en France, les provinces de droit écrit composent plus de la moitié du Royaume, et qu'elles ont plusieurs parlemens et beaucoup d'autres juridictions où le droit romain sert de règle dans les jugemens. Que l'appelante s'informe si, dans toute l'étendue de ces pays-là, on s'est jamais avisé de prétendre que le Code de Théodose dû être préféré à celui de Justinien. Qu'elle demande si le droit de Justinien n'est pas le seul qu'on enseigne dans les écoles publiques, le seul qu'on cite dans les tribunaux, pour les affaires qui doivent être décidées par les lois romaines ; le seul sur lequel les magistrats de tous les pays sont interrogés, lorsqu'ils se font recevoir dans leurs charges ; le seul enfin que les avocats prennent pour règle de leurs avis, et les juges, de leurs

(1) Henrys, liv. 5, quest. 13 ; Arrêts de Rousseaud de Lacombe fils, chap. 13 et 80.

(2) Augeard, et Brillon, au mot *Testament*, n° 179.

décisions, dans les provinces qui sont soumises au droit romain.

» Il ne s'agit pas de savoir si les lois de Théodose ont été anciennement respectées en France, mais si elles y ont cours aujourd'hui. Il est indifférent que la constitution de Valentinien pour les Testamens olographes, ait fait partie de l'ancien droit, si elle n'est pas entrée dans le nouveau. Or, selon tous les interprètes, il y a deux faits certains en cette matière : l'un, que le Code de Justinien est le seul qu'on connaisse à présent sous le nom de *Code*, dans les provinces de droit écrit; l'autre, que, depuis l'établissement de ce Code, la constitution de Valentinien touchant les Testamens olographes, a toujours été regardée, dans ces pays-là, comme une loi abrogée et étrangère, du nombre de celles qui sont appelées *extravagantes*, parceque *vagantur extrà corpus juris civilis*. C'est de ces constitutions que Justinien a défendu l'usage à la tête de son Code; c'est de ces mêmes constitutions qu'il a aussi parlé dans ses *institutes*, liv. 2, tit. 10, §. 10, en ces termes : *ideòque nec hujusmodi veteres constitutiones in nostro codice inseri permissimus.*

» La dernière observation sur ce point, est que Lothaire II, qui était roi de Bourgogne, et en cette qualité souverain des provinces de Lyonnais, Forez et Beaujolais, fit publier un édit par lequel il ordonna que le droit de Justinien serait observé dans ces trois provinces. Gravina atteste ce fait dans son traité *de originis jure :* M. l'avocat général en convint à l'audience. Rien n'est donc plus incontestable ni plus notoire que l'observation des lois de Justinien dans les pays de droit écrit. Rien en même temps n'est plus hors de doute que la proscription des testamens olographes, selon les lois de Justinien ».

Il est encore vrai que, pour prouver l'usage du Lyonnais en faveur des testamens olographes, la dame Grumel invoquait plusieurs arrêts qui, suivant elle, l'avaient confirmé.

Et d'abord (disait le célèbre Bretonnier, son défenseur) Bouchel, dans sa *Bibliothèque du droit français*, tome 3, aux additions sur le mot *Testament*, après avoir avancé « qu'il est constant que la novelle de Valen» tinien a été reçue partout comme plus équi» table et conforme à la raison, fait mention » d'un arrêt de 1607, qui a confirmé un tes» tament olographe (1) fait à Lyon, au profit » d'un avocat ».

Mais cet arrêt, dont Bouchel ne rapporte pas l'espèce, dont il n'indique même pas la date précise, a bien l'air d'être le même que celui du 27 août 1607, qui est cité par Le Prêtre, centurie 2, chap. 70, comme jugeant « que le testament de Borgin, père, tout » écrit et signé de lui, par lequel il disposait » de tous ses biens entre ses enfans, était bon » et valable, encore qu'il n'eût été fait en pré» sence d'aucuns témoins » ; décision qui rentre évidemment dans la novelle 107 de Justinien, et par conséquent ne prouve rien pour les testamens olographes au profit d'étrangers.

La dame Grumel, tout en convenant que Ricard, dans son *Traité des donations*, partie 1, n° 1487, professait une doctrine contraire à son système, citait, pour prouver qu'il s'était rétracté, le passage suivant qui a été intercallé dans l'édition faites de ses œuvres après sa mort : « cejourd'hui 4 janvier » 1673, étant en consultation avec MM. Issalis » et Sever, avocats, ils m'ont dit qu'il était » depuis quelque temps intervenu des arrêts » en ce parlement, qui ont confirmé des tes» tamens olographes dans les provinces de » Lyonnais, Beaujolais, Mâconnais et d'Au» vergne, régies par le droit écrit; et que la » résolution de Messieurs du parlement est » de juger de la sorte ».

Mais, répondait Terrasson pour les héritiers *ab intestat*, la rétractation que l'on impute à Ricard, « est imaginaire; on ne la fonde que » sur des notes suspectes qui ont été ajoutées » à l'édition posthume de ses ouvrages; et » personne n'ignore la différence que les gens » éclairés ont toujours faite entre ce que cet » auteur a donné de son vivant, et ce qui n'a » paru que depuis sa mort. Ces additions doi» vent être considérées, ou comme sorties » d'une main étrangère et moins habile, qui a » inondé le public de ses recueils, ou comme » hasardées peut-être par Ricard dans un » temps et rejetées dans la suite par lui mê» me, en connaissance de cause, puisqu'il » n'avait pas jugé à propos de les faire entrer » dans son livre. Ainsi, ce qu'on voudrait nous » donner comme une nouvelle découverte, » n'est proprement qu'un rebut; d'ailleurs, » il ne parle en cet endroit, que sur le rap» port de deux de ses confrères qui l'assuraient » qu'il y avait eu des arrêts rendus pour les » Testamens olographes dans les provinces de » Lyonnais, Beaujolais, Mâconnais et Auver» gne; et en homme exact, il en fit sur le » champ la remarque, comme le prouvent ces » mots, *cejourd'hui 4 janvier 1673, étant* » *en consultation*, etc. Mais ses recherches » lui ayant depuis appris qu'il n'y avait point

(1) Bouchel dit expressément que ce Testament était en forme de lettre missive.

» eu d'arrêts pour le Lyonnais et le Beaujo-» lais, il n'a pas voulu insérer cette remarque » dans son livre ».

Enfin, la dame Grumel invoquait encore trois arrêts : le premier, du 8 mai 1665, qui avait admis une inscription de faux contre un testament olographe fait à Lyon, et qui, par-là, disait-elle, l'avait supposé valable dans la forme ; le second, du 18 juillet 1673, qui avait infirmé une sentence du sénéchal de Lyon, par laquelle le testament olographe de François Vincent, procureur de la même ville, avait été déclaré nul ; et le troisième, du 1er décembre 1695, qui, en exécution du testament olographe fait par un notaire de Lyon, au préjudice de ses enfans, avait adjugé la somme de 75,000 livres aux pauvres de deux hôpitaux institués heritiers universels, et donné le surplus des biens aux enfans.

Mais que signifient ces arrêts, répondait Terrasson?

« Le premier est un simple arrêt préparatoire qui laisse le fond indécis, et qui a été rendu sans que la question de droit ait été agitée.

» Le second est véritablement définitif; mais il est fondé sur le consentement des parties, comme il paraît par une transaction produite, énoncée dans l'arrêt même. D'ailleurs, si le testateur avait institué sa femme héritière, c'était à la charge de remettre les biens à l'un des enfans. Dès qu'elle vit que le testament était contesté, elle se hâta de remettre la succession dont elle était chargée ; en sorte que, par cette remise, le testament devint une disposition *inter liberos*, d'autant plus que le testateur l'avait présumé ainsi, en déclarant par son testament, *qu'il ne le faisait olographe, que parceque l'usage du palais lui avait appris que de pareilles dispositions étaient valables dans les pays de Lyonnais, Forez et Beaujolais*, QUAND ELLES ÉTAIENT SEULEMENT ENTRE ENFANS.

» Le troisième arrêt était au sujet d'un testament olographe qui contenait une institution universelle pour les pauvres de deux hôpitaux, et une institution particulière pour les enfans du testateur ; ce sont-là précisément les deux exceptions à la règle (1) ».

Il s'en fallait donc beaucoup que des arrêts invoqués par la dame Grumel, il résultât une preuve de l'usage constant et uniforme des testamens olographes, soit dans le Lyonnais, soit dans le Beaujolais ; et d'ailleurs, disait encore Terrasson, « y a-t-il rien qui découvre » mieux la fausseté de ce prétendu usage, » que l'intervention de la province de Beaujo-» lais, soutenue de celle de la ville de Lyon? » Croira-t-on que les officiers à qui sont confiés » les intérêts de ces deux provinces, viennent » froidement paraître en la cour, pour com-» battre leurs propres usages? Ils n'y paraî-» sent que pour soutenir les lois sur la foi des-» quelles les habitans ont vécu, et qui leur » sont aussi précieuses que les coutumes peu-» vent l'être aux habitans des pays coutumiers ».

Tout se réunit donc pour imprimer à l'arrêt du 20 août 1725, qui a proscrit le système de la dame Grumel, le caractère d'une décision profondément réfléchie, et qui doit faire cesser tous les doutes sur la nullité des testamens olographes au profit d'étrangers, tant dans le Lyonnais que dans le Beaujolais.

Comment se fait-il, dès-lors, que, dans les *observations* de Bretonnier sur les *œuvres de Henrys*, tome 3, page 15, édition de 1770, nous lisons qu'*aujourd'hui sans distinction, les testamens olographes sont reçus dans tous les pays de droit écrit du parlement de Paris* ?

C'est que l'auteur écrivait ceci en 1708, époque de la publication de la première édition de son ouvrage, la seule qui ait paru de son vivant ; et que, comme il le dit lui-même, l'arrêt du 1er décembre 1695, lors du-

(1) On a effectivement vu plus haut, n 6, qu'avant l'ordonnance de 1735, les Testamens en faveur de la cause pie participaient au privilège accordé par la novelle 107 de Justinien, aux Testamens *inter liberos*. C'était sans doute une très-mauvaise jurisprudence, et le président Favre l'avait signalée comme telle dans son Traité *de erroribus pragmaticorum*, décade 35, chap. 7 ; mais elle n'en était pas moins constante ; et ce magistrat l'avait reconnue lui-même en la critiquant.

Aussi Bretonnier, qui, dans la cause jugée par l'arrêt dont il s'agit, défendait les hôpitaux de Lyon, ne manquait-il pas de se prévaloir de cette jurisprudence. « Quand nous serions » (disait-il dans son plaidoyer, rapporté dans ses *observations* sur les *œuvres de Henrys*, tome 4, page 265, édition de 1770) « quand nous serions dans le ressort des parlemens de » droit écrit, je soutiens que le Testament serait valable : car il est certain que, dans ces parlemens, *les* » Testamens olographes sont bons en deux cas : le » premier, lorsque le père a testé entre ses enfans, ce » que l'on appelle *testamentum inter liberos* ; le se-» cond, quand le Testament est fait en faveur de la » cause pie. C'est ici sans doute une cause pieuse et » très-pieuse. Les arrêts qui établissent cette jurispru-» dence, sont rapportés par Papon dans son recueil » d'arrêts, liv. 20, tit. 6, art. 1, par Despeisses, to-» me 2, page 64 ; et par Lapeyrère, lettre T, n° 45. » Enfin, je tiens à la main un acte de notoriété des » avocats et des officiers de la sénéchaussée de Lyon, » qui confirme cet usage ».

quel il prononça en faveur d'un Testament olographe fait à Lyon, le plaidoyer que je cite dans la note précédente, lui paraissait non seulement juger la question dans son sens, mais même former le dernier état de la jurisprudence.]]

Depuis l'ordonnance de 1735, la question ne s'est plus présentée que pour le Mâconnais et l'Auvergne.

On vient de voir que, dans la première de ces provinces, il avait été jugé auparavant que les testamens olographes devaient avoir lieu. Un arrêt du 6 août 1737, rendu à la première chambre des enquêtes, au rapport de M. Montullé, a cassé le Testament olographe du sieur Borignot, de Mâcon; mais quoiqu'en dise Sallé, sur l'art. 19 de l'ordonnance de 1735, il n'a point jugé la question. Le seul motif qui a déterminé les juges dans cette affaire, a été que l'acte dont il s'agissait, ne contenait point d'institution d'héritier; formalité essentielle en pays de droit écrit pour la validité d'un testament proprement dit (1).

Aussi en trouvons nous un autre du 12 août 1740, rendu à la grand'chambre, au rapport de M. Fornier de Montagny, par lequel il a été jugé *in terminis*, que les Testamens olographes ont lieu dans le Mâconnais (2).

A l'égard de l'Auvergne, voici ce qu'en dit M. Bergier, avocat à Riom, dans les savantes notes dont il a enrichi, en 1783, les OEuvres de Ricard, tome 1, pages 406 et 407:

« En Auvergne, tant en pays coutumier qu'en pays de droit écrit, les Testamens olographes sont admis en faveur de toutes sortes de personnes....

» La question a été jugée solennellement deux fois depuis l'ordonnance de 1735.

» Le premier arrêt rendu en 1741, confirma une sentence arbitrale prononcée par M. Noël, conseiller à la sénéchaussée de Clermont, M. Bournet, lieutenant particulier à la prévôté d'Issoire, et M. Tixier, avocat à Clermont, par laquelle le Testament olographe du sieur Cohade, avocat à Issoire, pays d'Auvergne régi par le droit écrit, le 20 mars 1738, avait été confirmé. L'arrêt définitif avait été précédé d'un arrêt interlocutoire, qui avait ordonné la preuve de l'usage par des actes de notoriété.

» Voici l'espèce du dernier arrêt : Jacques-Hector de Fretat, comte de Boissieux, par son Testament olographe du 4 septembre 1748, institua pour son héritier universel Louis Pierre de Combre de Bressolles, mineur; il déposa ce Testament entre les mains du sieur Olivier, avocat de la Chaise-Dieu, pays de droit écrit.

» Le comte de Boissieux étant décédé, les officiers de la sénéchaussée de Riom se transportèrent sur les lieux, à la requête du dépositaire de ce Testament; après l'avoir ouvert, ils mirent en possession des effets de cette succession, M. le marquis de Bressoles, père et administrateur de l'héritier.

» Henriette-Agnès de Fretaf, demoiselle de Boissieux, sœur germaine du testateur, fit assigner au châtelet de Paris M. de Bressoles, pour voir casser le Testament: M. de Bressolles, à son tour, l'assigna à Riom, pour le voir déclarer bon. Défaut de part et d'autre, avec appel réciproque au parlement.

» Enfin, après trois audiences à la grand'chambre, M. Gueaux de Reverseaux plaidant pour M. de Bressolles, et M. Simon pour mademoiselle de Boissieux, le Testament fut confirmé tout d'une voix, sur les conclusions de M. d'Ormesson, avocat-général, par arrêt du 20 juin 1751; et mademoiselle de Boissieux condamnée en tous les dépens ».

[[Que résulte-t-il au surplus de ce que, depuis l'ordonnance de 1735, qui n'autorisait les Testamens olographes que *dans les pays et dans les cas où ils étaient admis*, jusqu'à la promulgation du titre des *Testamens* du Code civil, on ne trouve dans les arrêtistes, aucune trace de contestations élevées dans les provinces de Lyonnais, de Forez et de Beaujolais, sur la validité des Testamens faits dans cette forme? Une chose fort simple : c'est qu'il n'y a eu, dans tout cet intervalle, qu'une opinion dans ces provinces sur l'impossibilité où l'on y était de tester valablement au profit d'étrangers dans la forme purement olographe; et cette conséquence, évidente par elle-même, est encore confirmée par le témoignage de Bergier, à l'endroit que je viens de citer : « Il » est aujourd'hui certain (écrivait-il en 1783) » que, dans le Lyonnais, dans le Forez et » dans le Beaujolais, les Testamens olographes » ne sont reçus qu'en faveur des descendans » du Testateur, suivant l'art. 16 de l'ordon» nance de 1735 ».

C'est ce qu'atteste également M. Grenier, dans son *Traité des donations et Testamens*, édition de 1812, tome 1, page 491; et ce qu'il a dit à cet égard, est d'autant plus précieux, que l'on y trouve la véritable raison de la différence qu'il y avait, par rapport aux Testamens olographes, entre l'usage des pays de

(1) Arrêts de Rousseaud de Lacombe fils, chap. 13.

(2) *Ibid.* *V.* aussi la *Jurisprudence civile* de Rousseaud de Lacombe père, au mot *Testament*, sect. 3, disc. 4, n. 10.

droit écrit de la province d'Auvergne et celui du Lyonnais, du Forez et du Beaujolais.

Il remarque d'abord que Henrys, liv. 5, quest. 67, pour justifier l'antique usage des Testamens olographes dans les pays de droit écrit de la province d'Auvergne, dit « que les » Goths s'étant rendus maîtres de toute l'Es- » pagne et d'une partie de la France, savoir, » du Languedoc, de la Gascogne, du Limou- » sin, de l'Auvergne et d'autres provinces voi- » sines, Alaric, leur roi, gendre de Théodoric, » après avoir affermi son état, et établi le siége » de son empire en la ville de Toulouse, fit, » en l'an 470, qui était le 22e. de son règne, » publier le code Théodosien, avec les notes » et additions d'Ananus, son chancelier, pour » servir de loi dans ses états; que ce fut dans » cette vue que le même Ananus joignit au » code Théodosien une compilation qu'il fit » des réponses et décisions des anciens juris- » consultes, Papinien, Ulpien, Paulus, Gaius » et autres, qu'il accommoda aux constitutions » des empereurs mises dans le code Théodo- » sien, qui depuis fut appelé *Codex Theodo- » ricianus*, par allusion au nom de Théodoric, » beau-père du roi Alaric, ainsi que Cujas l'a » observé d'après l'autorité de Sidoine Appol- » linaire, évêque d'Auvergne ».

Puis il ajoute: « mais ce que ne dit pas » Henrys, c'est qu'il y avait une autre circons- » tance qui, toutes les fois que l'usage des Tes- » tamens olographes fut attaqué dans les pays » de droit écrit d'Auvergne, influa beaucoup » sur le maintien de cet usage. Cette circons- » tance est que la province d'Auvergne est mê- » langée de pays de droit écrit et de coutume. » De certains lieux qui n'étaient souvent » éloignés que d'une demi-lieue, les uns sui- » vaient le droit écrit, d'autres étaient régis » par la coutume. On voyait ce mélange entre » les différens villages d'une même paroisse. » Cette différence se remarquait encore entre » une ville et ses fauxbourgs. Or, les habitans » des pays de droit écrit qui considéraient le » Testament olographe comme le plus sûr et le » plus commode, avaient toujours été jaloux » de jouir, comme ceux qui étaient sous l'em- » pire de la coutume, de la faculté de tester » sous cette forme. D'ailleurs, c'était diminuer » d'autant les inconvéniens qui résultaient » naturellement de la diversité de législation » entre des pays aussi rapprochés ».

Et voici comment il termine: « Aussi les » *provinces de Lyonnais, Beaujolais et Forez*, » qui, avec les pays d'Auvergne qui suivaient » le droit romain, et avec le Mâconnais, for- » maient les pays de droit écrit du ressort du » parlement de Paris, et qui ne se trouvaient » pas dans la même circonstance que les pays » de droit écrit d'Auvergne, quoique depuis » très-long-temps elles eussent réclamé l'usage » des Testamens olographes indistinctement » et dans tous les cas, n'avaient pu parvenir à » y être maintenues. On ne voit encore nulle » part que ce même usage se fût conservé dans » les autres provinces purement de droit écrit, » dont parle Henrys, quoiqu'elles aient été, » comme la province d'Auvergne, sous la do- » mination d'Alaric, roi des Goths. *Cet usage » ne s'était perpétué que dans les pays de » droit écrit d'Auvergne et dans le Mâcon- » nais* ».

Enfin, un auteur qui a écrit avant Bergier et M. Grenier, mais depuis l'ordonnance de 1735, Rousseaud de la Combe, dans sa *jurisprudence civile*, au mot *Testament*, sect. 3, dist. 34, no 9, place aussi *le Lyonnais* dans la liste des pays où les Testamens olographes n'ont pas lieu.

J'ai cru devoir entrer dans ces long détails, non que je les regarde comme utiles pour la France, où sont assez connus les divers usages qui étaient en vigueur sur cette matière avant le Code civil, mais parcequ'ils peuvent être nécessaires pour les pays étrangers, dont plusieurs habitans, trompés par de fausses notions, ont fait à Lyon des Testamens olographes à une époque où cette manière de disposer n'y était pas admise.]]

VIII. Passons aux pays coutumiers. Il y a en France plusieurs coutumes qui rejettent les Testamens olographes.

Telle est celle du Berri, qui ne les admet qu'en deux cas: le premier, lorsqu'un père dispose entre ses enfans; le second, lorsque le Testament ne contient point d'institution d'héritier ou de legs jusqu'à concurrence de la moitié de tous les biens du testateur. *V.* les art. 8, 9, 10, 11, 12, 13 et 14 du tit. 18 de cette loi municipale.

Telle est encore la coutume de Baïonne, qui veut, tit. 11, art. 4, que les Testamens écrits et signés de la main du testateur soient revêtus de la suscription d'un notaire et de deux témoins.

[[On a prétendu, depuis l'ordonnance de 1735, que la disposition par laquelle cette coutume exigeait, pour la validité des Testamens écrits et signés de la main du testateur, un acte de suscription notarié, était abrogée par l'ordonnance elle-même. Mais ce système a été proscrit par un arrêt de la cour de cassation du 28 thermidor an 11, rapporté dans mon *Recueil de Questions de droit*, au mot *Testament*, §. 5.

La même observation s'applique, comme je l'ai établi au même endroit, à la coutume du duché de Bourgogne.]]

Les coutumes de Paris, d'Orléans, de Calais, de Normandie, de Poitou, et une foule presque innombrable d'autres, admettent les Testamens olographes.

Leur disposition doit-elle être étendue aux coutumes muettes?

Un arrêt du parlement de Paris, du 30 avril 1625, a jugé qu'elle devait l'être à la coutume d'Angoumois.

Mais cet arrêt ne doit pas faire une règle générale, parcequ'il a été déterminé par deux motifs particuliers : l'un, que la coutume d'Angoumois participe beaucoup de l'esprit de celle de Poitou, dont elle est voisine; l'autre, que l'usage des Testamens olographes était établi dans l'étendue de la sénéchaussée d'Angoulême.

Ce qu'il y a de certain, c'est que, dans la Belgique, le droit commun est contre les Testamens olographes. Ils sont, à la vérité, admis par les coutumes de Lille, de la châtellenie de Lille, de Cambrésis et d'Aire; mais, dans les autres coutumes, on doit les regarder comme défendus, par cela seul qu'ils ne sont pas expressément autorisés.

C'est ce qui résulte des art. 11 et 12 de l'édit perpétuel de 1611.

L'art. 11 est conçu en ces termes : « Pour » obvier à la diversité des jugemens qui se » rendent sur le fait de la formalité des so» lennités de la faction des Testamens, decla» rons et statuons qu'ès lieux de nos provinces » où les biens sont disponibles, et qui ont » leurs coutumes décrétées, on se réglera se» lon la disposition desdites coutumes, à peine » de nullité ».

L'art. 12 ajoute : « Et là où elles ne sont pas » décretées, nous, pour cependant retenir » les pensées douteuses et variables des hom» mes mourans, et éviter toutes suppositions » et falsifications que les defunts ne peuvent » arguer, avons ordonné et ordonnons que » tels Testamens, dispositions et autres dernié» res volontés seront signés des testateurs et » de deux témoins à ce appelés, s'ils savent » écrire, dont ils seront interpellés par les » notaires, curés ou vice curés, qui seront » tenus de, en l'un ou l'autre cas, en faire » mention en leurs instrumens; auxquels » notaires, curés ou vice-curés, nous défen» dons de recevoir ès-dits Testamens qui se » passeront pardevant eux, aucune donation » ou légat à leur profit, ou de leurs parens » jusqu'au quatrième degré, selon la suppu» tation du droit civil inclusivement ».

Aux termes de ces textes, lorsque la coutume a prescrit des solennités particulières pour les Testamens, on doit s'y conformer; mais si elle n'a rien prescrit, on doit avoir recours à la disposition générale de l'art. 12. Or, suivant cet article, il faut, 1° que le Testament soit rédigé par écrit; 2° qu'il soit signé par le testateur, s'il sait écrire; 3° qu'il y ait deux témoins présens à sa confection, et qu'ils le signent également, s'ils savent écrire; 4° qu'il soit reçu par une personne publique.

Telle est la loi générale de la Belgique : elle n'admet point d'autre forme de tester; et il en résulte bien clairement que tout Testament qui n'est point calqué sur les dispositions de cet édit, est réprouvé. Nous ne pouvons tester que suivant les lois et les coutumes; dès qu'une loi nous présente une forme de tester, sans en avoir admis d'autre, si nous n'observons point cette forme, il faut que la succession *ab intestat* ait son cours. *Testamenti factio non privati, sed publici juris est*)? Loi 3, D. *qui Testamenta facere possint*).

En vain chercherait-on à subtiliser sur les termes de l'édit perpétuel, pour en conclure qu'il n'est point applicable aux Testamens olographes. Il ne parle, dira-t-on, que des Testamens qui ont une *forme* et une *solennité;* mais les Testamens olographes n'ont-ils pas aussi leur solennité et leur forme? Si l'on en doute, que l'on consulte l'art. 289 de la coutume de Paris : il porte que, *pour réputer un Testament solennel, il faut qu'il soit écrit et signé par le testateur.* Ainsi, dans la coutume de Paris, un Testament est revêtu de la forme, de la solennité qui lui est nécessaire, par cela seul qu'il est écrit et signé de la main de celui qui dispose; mais suivant l'édit perpétuel de 1611, il faut dans la Belgique, ajouter à cette forme, à cette solennité, la présence d'une personne publique et de deux témoins.

Il est vrai que, quelques années après la publication de cet édit, il s'éleva des doutes sur la question de savoir s'il excluait les Testamens olographes.

Cette question se présenta au conseil provincial de Namur, au sujet d'un Testament olographe, fait par Hubert Genard de Vuaulin, le 3 juin 1615.

Les héritiers *ab intestat* soutinrent que cette disposition était nulle, faute d'avoir observé les formalités prescrites par l'édit des archiducs.

Les légataires prétendaient, au contraire, que l'art. 12 de cette loi n'avait aucun rapport aux Testamens entièrement écrits et signés de la main du testateur.

Le conseil provincial de Namur se trouva partagé mais il crut devoir consulter les législateurs eux-mêmes.

Voici les termes de la requête qu'il adressa

aux archiducs : « D'autant que ce point est de » grande conséquence, supplions très-humble- » ment que leurs altesses soient servies, par for- » me d'interprétation, de déclarer si les solen- » nités ordonnées par l'édit, art. 12, doivent » être observées au cas qu'il est certain que » la disposition et volonté dernière est écrite » entierement et soussignée par le testateur, » soit qu'il dispose au profit des étrangers ou » des enfans.

Les archiducs répondirent : « Chers et » féaux, nous avons vu ce que représentez à » ceux de notre conseil privé, par la vôtre du » 2 de ce mois, sur la difficulté rencontrée en » visitant le procès mû pardevant vous par le » chanoine Genard avec ses consorts, contre » Evrard Genard, comme tuteur de son fils, » et autres défendeurs; sur quoi, vous dirons » que, comme le dispositif de l'art. 12 de no- » tre édit perpétuel de l'an 1611 est général, » nous entendons aussi qu'il ait lieu, soit que » le Testament soit écrit et signé par le testa- » teur, ou non; et vous pourrez, selon ce, vous » régler. De Bruxelles, le 9 septembre 1620 ».

Les termes de l'édit perpétuel étaient assurément trop généraux et trop positifs pour qu'il fût possible d'en excepter les Testamens olographes; mais enfin cette déclaration des archiducs lève tous les doutes sur le sens de l'édit, et il est clair que les Testamens olographes sont proscrits par cette loi dans tous les lieux où un statut particulier ne les autorise pas expressément.

C'est ce qui a été jugé par un arrêt célèbre du parlement de Paris, du 15 janvier 1721, confirmatif d'une sentence des requêtes du palais, du 8 mai 1719.

M. de Pommereuil, gouverneur de Douai, avait fait, en cette ville, un Testament olographe, par lequel il avantageait M. Jean-Baptiste de Pommereuil, maître des requêtes honoraire, et M. André-Jean de Pomereuil, conseiller au parlement de Paris. Ses dispositions furent attaquées par le sieur de Marivats, la dame Le Febvre d'Aubonne et la présidente Rossignol, héritiers *a b intestat.*

La contestation, telle que les parties la présentaient, offrait trois questions à juger :

La première, si les Testamens olographes ont lieu dans la coutume de Douai;

La seconde, si M. de Pommereuil avait son domicile à Paris, lieu de sa naissance, ou à Douai;

La troisième, si, en le supposant domicilié à Paris, son Testament pouvait, quoique nul suivant la coutume du lieu où il avait été fait, avoir son exécution dans la coutume de Paris.

Sur la première question, les héritiers faisaient valoir les art. 11 et 12 de l'édit perpétuel, le silence de la coutume de Douai, et un acte de notoriété de la gouvernance de la même ville, du 4 avril 1719.

Sur la seconde, ils prouvaient, par différentes circonstances, que M. de Pommereuil n'avait pas eu d'autre domicile que Douai, et leurs preuves, selon le président Bouhier (1), furent jugées si démonstratives, qu'on n'eut pas besoin, pour leur donner gain de cause, de passer à l'examen de la troisième question.

La sentence citée déclara le Testament nul. Sur l'appel, la cause fut plaidée pendant plusieurs audiences, et appointée. M. l'avocat général Gilbert de Voisins avait conclu en faveur des héritiers, mais il ne s'y était pas déterminé, comme l'a cru le président Bouhier, d'après les preuves du domicile de M. de Pommereuil dans la ville de Douai. Il avait au contraire établi formellement que M. de Pommereuil n'avait point eu d'autre domicile de droit que Paris (2); et il n'avait, comme on le verra dans l'article suivant, pris pour base

(1) *Observations sur la coutume de Bourgogne* chap. 22.

(2) Voici les propres termes de ce magistrat :

« Examinons d'abord, dans le fait, quel a été le domicile véritable du testateur, si c'est à Paris ou si c'est à Douai. Nous examinerons ensuite, dans le droit, si la loi qui régit la ville de Douai, est contraire à la coutume de Paris sur les Testamens olographes; enfin, en tout cas, laquelle de ces deux lois doit prévaloir par rapport au Testament dont il s'agit.

» Il serait inutile de s'étendre sur les principes qui servent à décider les questions de domicile. Ces principes sont certains et l'usage en est fréquent. On sait que le domicile des majeurs dépend principalement de leur intention, et qu'on juge de cette intention par le concours de diverses circonstances qui servent à la faire présumer. On commence par examiner la naissance et l'origine; et si nous en demeurions là dans la cause, il n'y aurait pas de question, puisqu'il est certain que la naissance, l'origine et toutes les liaisons de famille, attachaient le défunt à Paris par les liens les plus étroits.

» Mais il a pris un établissement considérable dans la ville de Douai, plus de trente années avant sa mort; il y était attaché par une résidence nécessaire; il n'était point marié, et par conséquent il ne pouvait avoir d'établissement domestique ailleurs. N'est-ce pas une raison puissante pour présumer qu'il avait fixé à Douai le siége principal de sa fortune?

» La déclaration du 9 avril 1707, concernant les gouverneurs, ne décide pas absolument la question. Cette déclaration distingue, à la vérité, le lieu de la résidence du gouverneur ou de l'officier, d'avec son domicile, où elle veut que les affaires de sa succession soient discutées et jugées; mais elle n'ôte pas à ce même gouverneur, à ce même officier, la faculté d'acquérir un domicile au lieu de sa résidence, s'il en a la volonté. Il serait absurde d'en juger autrement. Le domicile est libre et volontaire, et dépend principalement de l'intention. Tout l'effet de la déclaration est d'empêcher que la longue résidence d'un gou-

de ses conclusions, que la maxime *locus regit actum*.

Enfin, par arrêt du 15 janvier 1721, rendu au rapport de M. Paris, la sentence fut confirmée, avec amende et dépens.

Art. II. *Est-ce de la loi du domicile du testateur, est-ce de celle du lieu où il se trouve, que dépend la faculté de tester dans la forme olographe?*

S'il en faut croire les rédacteurs du *Journal des Audiences*, et Brillon, au mot *Testament*, n° 14, l'arrêt du 15 janvier 1721, que nous venons de rapporter, a été motivé par les mêmes considérations qui avaient porté M. l'avocat-général à conclure contre le Testament, et il a en conséquence jugé que la faculté de tester dans la forme olographe, ne dépend que de la loi du lieu où se trouve le testateur au moment où il dispose, quelque soit d'ailleurs son domicile. Mais comme ils ne nous disent pas de qui ils ont appris cette particularité, rien n'oblige d'y ajouter foi; et l'on peut encore, d'après cet arrêt même, regarder la troisième question qu'il avait à juger, comme entière.

Mais comment la déciderait-on, si elle se présentait dans des circonstances pures et simples?

Ricard, dans une dissertation posthume qu'on trouve à la suite de son *Traité du Don mutuel*, prétend que la faculté de tester dans la forme olographe, se règle absolument par la loi du domicile. On a vu plus haut, §. 1, art. 6, que Boullenois pense de même; et il semble que cette opinion est implicitement confirmée par les arrêts qui ont dispensé les Testamens olographes de la nécessité de la date du lieu, puisqu'autrement, il serait impossible de savoir si une disposition de cette espèce a été faite dans une forme permise ou défendue par la coutume du lieu de sa confection.

A ces autorités se joint un acte de notoriété du parquet d'Aix, du 14 juin 1719, portant, » qu'un Testament olographe fait par un » Provençal hors de la province, ne serait » valable sur les biens de Provence, que

---

verneur dans son gouvernement, ne tire à conséquence toute seule pour le domicile; mais il est évident, nous l'osons dire, que cette decl ration n'exclud pas les autres présomptions.

» Il ne s'agit donc que de savoir s'il y en a d'assez fortes d'ailleurs pour faire juger que l'intention du feu sieur de Pommereuil a été d'acquérir un domicile au lieu de son gouvernement. Sur cela, nous trouvons, d'un côté, plusieurs actes qu'il a passé à Paris, depuis qu'il a été revêtu du gouvernement de Douai, dans lesquels il est dit, *de présent à Paris*, et non pas, *y demeurant*; nous en trouvons même un qu'il a passé à Douai, et qui porte en propres termes, qu'*il y demeurait*.

» D'un autre côté, nous trouvons d'autres actes passés par lui à Douai, sans qu'il soit dit qu'*il y demeurait*, et nous en trouvons un assez grand nombre passés à Paris, qui portent qu'*il demeurait à Paris, en sa maison, rue Barbette*.

» Deux réflexions sur ces différens actes. La première, que ceux où il est dit, *de présent à Paris*, ou *demeurant à Douai*, sont les plus éloignés du temps de son Testament et de son décès: ils sont de 1688, 1690 et 1704; il n'y en a qu'un seul de 1714; au lieu que les actes qui portent qu'il demeurait à Paris, sont la plupart de 1708, 1709, 1712, 1714, 1716 et 1718.

» La seconde, c'est que les actes qui indiquent expressément *son domicile* à Paris, sont, sans comparaison, en plus grand nombre que ceux qui pourraient donner lieu de le présumer à Douai. On ne nous a communiqué que cinq ou six actes pour le domicile de Douai; il y en a dix ou douze, la plupart assez importans, pour le domicile à Paris. Il y a, outre cela, plusieurs assignations qu'il y a fait donner ou qu'il y a reçues. Nous trouvons, entr'autres, un acte très-remarquable, du 6 mars 1718, trois mois seulement avant le Testament dont il s'agit, par lequel le sieur de Pommereuil a vendu au sieur de Marivatz, un contrat de constitution de 18,000 livres. Dans cet acte, le sieur de Pommereuil traite avec le sieur de Marivatz lui-même, comme *demeurant à Paris*.

» Nous trouvons d'ailleurs ces actes soutenus par un grand nombre de pièces qui établissent que le défunt occupait par lui-même une maison à Paris, celle de la rue Barbette. On nous a communiqué, entr'autres, une suite presque non interrompue de quittances de la taxe des pauvres pour cette maison, depuis 1704 jusques et y compris 1718, et un certificat du curé de Saint-Gervais à Paris, que le défunt était son paroissien, et qu'il avait présenté le pain béni, à cette paroisse, en 1717.

» Nous avons, jusques dans le Testament qui fait le sujet de la contestation, une espèce de preuve que, dans l'intention du testateur, sa demeure la plus ordinaire, *son domicile*, était à Paris. Le sieur de Pommereuil s'était préparé une sépulture à Douai, dans l'église des jésuites. Il veut qu'après son décès, son corps soit porté à la Branche, terre qu'il possédait auprès de Paris, et qu'ensuite il soit transporté à Douai, lorsqu'on le pourra. Il supposait donc que son décès arriverait à Paris, comme étant sa résidence la plus ordinaire; et dans le temps qu'il écrivait son Testament à Douai, il reconnaissait qu'il n'y était que comme en passant. S'il pouvait encore rester, après cela, quelque doute sur le domicile, ne serait-il pas juste d'en revenir à la naissance et à l'origine, pour déterminer ce domicile à Paris, surtout en joignant la déclaration de 1707, qui efface toute l'impression que la qualité de gouverneur pouvait faire?

» Nous ne croyons donc pas qu'il y ait beaucoup de difficultés sur la question du domicile, qui consiste dans le fait ». (*Nouveau Denisart*, au mot *Acte*, §. 4, n° 7).

» pour les dispositions faites en faveur de ses » enfans (1) ».

Cette opinion n'est cependant pas à l'abri de toute critique, et il se présente bien des raisons pour la combattre.

Qu'on dise que la loi du domicile détermine la capacité de tester, tout le monde en conviendra; mais que la faculté de tester selon une forme ou selon une autre, soit une capacité personnelle dépendante de la loi du domicile, et qu'on porte partout, c'est ce qui ne peut être proposé sérieusement.

On distingue, à l'égard des Testamens, trois choses : la capacité de la personne, la disponibilité des biens, et la forme de la disposition.

La capacité de la personne se règle incontestablement par la loi du domicile. [[*V.* ci-devant, sect. 1, §. 5.]]

La disponibilité des biens ne dépend que de la loi de leur situation,

Mais à l'égard de la forme du Testament, elle se règle par la loi et la coutume du lieu où l'on dispose.

Il est inutile de rappeler les querelles qui se sont élevées sur ce point entre les anciens docteurs : il y a déjà plusieurs siecles qu'elles sont finies, et que tout le monde convient unanimement que la forme de tester dépend du statut ou de la coutume du lieu où l'on teste. C'est même la décision expresse et textuelle des art. 32 et 37 de l'ordonnance de 1735.

[[*V.* ci-devant, sect. 2, §. 2, art. 6.]]

On prétend, il est vrai, que cette maxime est limitée aux Testamens reçus par personnes publiques; que les dispositions olographes sont plutôt des actes dispensés des solennités, que des actes solennels; et que cette dispense ne peut être accordée à la personne, que par la loi qui gouverne la personne même.

Mais si ces raisons peuvent éblouir un instant, elles ne peuvent pas soutenir un sérieux examen.

La règle *locus regit actum* est générale; et il faudrait, pour la restreindre aux Testamens reçus par personnes publiques, une exception autorisée par une loi expresse.

Dire qu'il n'y a point de formes ni de solennités dans un Testament olographe, c'est une subtilité que nous avons déjà réfutée, en examinant les dispositions de l'édit perpétuel. La forme du Testament olographe est qu'il soit écrit et signé de la main du testateur : si le testateur l'avait écrit sans le signer, ou s'il l'avait signé sans l'avoir écrit, il manquerait dans la solennité : donc, si l'on fait un Testament dans un lieu où il faut ajouter à l'écriture et à la signature du testateur la présence de notaire et de témoins, ce Testament est nul en tout lieu et pour tous les effets.

C'est une mauvaise raison de dire que le Testament olographe est le seul ouvrage de l'affection et de la main du testateur, qui est en même temps et l'auteur et le ministre de sa disposition.

Cela est vrai dans les coutumes qui autorisent le Testament olographe, mais faux dans les coutumes qui le défendent; et ce sont les dispositions écrites dans chaque coutume, qu'il faut suivre lorsqu'on teste dans son ressort.

De même qu'un Testament olographe fait à Paris, mais non signé du testateur, serait nul, quoiqu'il contînt d'ailleurs toutes les marques d'une volonté claire et sensible; de même aussi un Testament olographe fait à Toulouse, à Bordeaux, à Douai ou à Bruxelles, serait nul, si, par ignorance, par oubli, ou parceque le testateur n'a pas voulu y donner la dernière main, il n'est pas signé de notaire et de témoins.

Enfin, si les personnes publiques ne peuvent assurer la validité des actes qu'elles reçoivent, qu'en suivant les lois de leur établissement, il n'est pas moins vrai que, lorsque ces lois défendent de disposer sans le ministère des personnes publiques, tout acte, tout Testament qu'on fait sans avoir recours à leur ministère, est nul. Ce serait un vice essentiel, si ces personnes n'avaient pas accompli, à l'égard d'un Testament, ce que les lois du pays prescrivent; mais c'est un défaut encore plus radical et moins réparable de ne les avoir pas appelées, lorsque la loi du pays déclare nul tout ce qui a été fait hors de leur présence.

[[Enfin, écoutons là-dessus M. l'avocat général Gilbert de Voisins, dans ses conclusions sur le testament de M. de Pommereuil :

« On est convenu de part et d'autre des principes généraux, qui, en effet, sont constans. Dans les actes dont l'usage est reçu parmi les hommes, et surtout dans les Testamens qui consacrent leurs dernières volontés, pour savoir si ces actes sont valables et peuvent avoir leur effet, on considère trois choses : la personne de celui qui a fait l'acte, les effets et les biens dont il a disposé, la forme de l'acte en lui-même.

(1) La Touloubre, page 190.

» Il faut que la personne ait en elle la capacité de disposer; que la disposition des biens qui font l'objet de l'acte, soit permise; enfin, que l'acte lui-même soit revêtu d'une forme régulière.

» C'est une maxime reçue en général, et on en convient, que la capacité de la personne se règle par la loi de son domicile; la liberté de disposer de ses biens, par la loi de leur situation; les formes de l'acte, par la loi du lieu où il est fait.

» Mais de savoir si le dernier point de cette maxime, qui regarde la forme des actes, s'applique, dans l'intention des auteurs, dans l'esprit de la jurisprudence, et suivant les motifs sur lesquels elle est fondée, aussi bien aux actes sous seing-privé qu'aux actes publics, à un Testament olographe qu'à celui qui se fait par le ministère d'une personne publique, avec la solennité de l'assistance des témoins; si la simple rédaction d'un Testament olographe peut être appelée une formalité, ou s'il est vrai de dire, au contraire, qu'un tel écrit est exempt des formalités desquelles la maxime doit s'entendre, c'est ce qui fait la question.

» Considérons donc les motifs de la règle qui veut que, pour la forme des actes, et surtout des Testamens, on suive la loi du lieu où ils sont faits.

» Pour développer ces motifs, il est nécessaire d'observer que les formes ont été établies, premièrement, pour assurer la preuve de la volonté et des dispositions; en second lieu, par rapport à certains actes, et surtout par rapport aux Testamens, pour assujétir ces actes, les plus importans de la vie, à des solennités capables de leur imprimer un caractère respectable, digne de leur objet. Jusques dans les conventions les plus simples, il faut quelque chose qui en assure la preuve, soit contre l'oubli, soit contre l'infidélité, et qui prévienne l'imposture: c'est, la raison générale pour laquelle on a établi des formes pour les actes de toute nature. Il faut qu'un acte soit écrit, qu'il soit signé, qu'il soit passé par devant notaire; tout cela suivant les différens cas que les lois ont déterminés. Mais par rapport aux Testamens, il y a encore une raison d'une autre nature.

» Le pouvoir de disposer de nos biens après notre mort, ne nous appartient pas naturellement. La mort dépouille les hommes de tout; et ce qu'ils n'ont point exécuté pendant leur vie leur volonté ne le peut faire après leur mort, si la loi, qui est immortelle, ne prend soin de la faire accomplir. C'est donc proprement la loi qui imprime le caractère et l'autorité aux volontés des défunts; qui naturellement seraient caduques. Mais si cela est, n'est-elle pas d'autant plus en droit d'exiger que ces volontés soient accompagnées de solennités, et de prescrire la manière dont elles doivent être caractérisées?

» Aussi voyons-nous que, dans le droit romain, les Testamens sont regardés comme une espèce de loi domestique. La loi générale constitue le père de famille législateur pour la distribution de ses biens; et la manière dont il procède à son Testament est une espèce de promulgation, s'il est permis de parler ainsi.

» Cela supposé, l'usage qui assujétit les Testamens aux formes du lieu où ils sont faits, est fondé sur plusieurs motifs.

» Un premier motif, c'est qu'il est ordinairement impossible ou difficile de pratiquer d'autres formes que celles du lieu où l'on est. Il est souvent nécessaire de prendre conseil sur la forme, lorsqu'on fait un Testament; ceux à qui on peut s'adresser, au lieu où l'on est, ignorent ordinairement les formes d'un autre pays; les personnes publiques que l'on appelle pour le recevoir, ne connaissent que leur *formule* ordinaire. C'est donc pour la convenance et pour la commodité, qu'on a établi que l'étranger s'en servirait; et comme il est à propos que les formes soient certaines, on n'a pas même laissé à l'étranger le choix entre celles de son pays et celles du lieu où il se trouve.

» Une seconde raison, c'est que les officiers et les autres personnes publiques qui ont caractère pour passer un Testament, reçoivent ce caractère de la loi de leur pays, pour l'exercer en la forme qu'elle a établie. Ils sont donc obligés à s'y assujétir; et l'étranger qui emprunte le secours de leur ministère, est, en quelque sorte, obligé, comme eux, de l'employer conformément aux règles qu'elle leur donne.

» Cette seconde raison ne saurait s'appliquer au Testament olographe que le testateur fait tout seul, sans témoins, et sans ministres.

» Mais il nous paraît qu'il y a une troisième raison du principe, aussi considérable que les deux premières: c'est que le Testament a un rapport naturel à divers lieux où il est nécessaire que sa forme soit probante, et qu'il faut qu'il ait son exécution, soit au domicile du testateur, pour le mobilier, soit en autant de lieux qu'il y a d'immeubles sous différentes lois. On a considéré que toutes ces lois, et du domicile, et de la situation des biens, ayaient souvent des dispositions toutes différentes sur la forme; et qu'il n'était pas possible que le

testateur accomplit en même temps toutes ces formes opposées ; il a fallu se fixer à une seule ; et celle du lieu où l'acte se fait, est la plus convenable. Les nations en sont convenues, et elles vivent aujourd'hui entr'elles *sur la foi de cette règle*. C'est une des principales vues des docteurs, comme Dumoulin l'explique assez par ces termes de sa consultation 43 : *et est omnium doctorum sententia, ubicunque consuetudo vel statutum locale disponit de solemnitate vel formâ actûs, ligari etiam exteros, ibi actum illum gerentes, et gestum esse validum et efficacem ubique ; etiam super bonis soli ex-à territorium consuetudinis vel statuti.*

» Il est même vrai de dire que ce choix est fondé en grande raison. La forme n'est attachée ni à la personne ni aux biens; mais elle est inhérente au corps de l'acte. C'est elle qui lui donne l'être et le caractère. Il est donc naturel qu'il reçoive cette forme de la loi du lieu où il se fait, et où il commence à exister. Il a donc été juste de préférer cette loi, dans le concours de plusieurs, dont les formes ne pouvaient être toutes accomplies.

» Ce motif n'a-t-il point d'application au Testament olographe ? Il est d'abord certain que ce Testament n'a pas moins besoin que les autres, d'avoir son exécution en différens lieux. On ne fera pas dépendre la question du point de savoir si les biens d'un tel testateur en particulier, ne sont situés qu'en un seul endroit ; par exemple, si l'on veut, au lieu de son domicile. Ce n'est pas par les circonstances particulières qu'on se détermine dans ces sortes de questions; c'est par la nature des actes, par les grands principes, par la considération des motifs qui les ont fait recevoir, par l'intérêt général de la société civile.

» Mais avant que de se déterminer, il reste encore à examiner deux choses : l'une, s'il est vrai que notre testament olographe ne soit qu'une simple rédaction de la volonté du testateur, exempte de toute *solennité*, et comparable à un autre écrit sous signature privée ; l'autre, si le pouvoir de faire un Testament olographe, peut être regardé comme une faculté personnelle.

» Sur le premier point, écoutons d'abord la coutume de Paris, dont on réclame la disposition : *pour réputer un Testament solennel*, dit cette coutume art. 289, *est requis qu'il soit écrit et signé du testateur*, ou *qu'il soit passé pardevant deux notaires*. La coutume met donc la *solennité* des deux espèces de Testamens en égalité, et elle répute le Testament olographe aussi *solennel* que l'autre. Me. Auzanet, sur cet article, dit en propres termes, que c'est une erreur du vulgaire, de croire qu'un Testament n'est point *solennel*, s'il n'a toutes les formes et les solennités prescrites par le droit romain ; et que, dans les provinces coutumières, les Testamens faits suivant la forme ordonnée par chaque coutume, peuvent être qualifiés et dits *solennels*.

» Il est véritable, en effet, que le Testament olographe a une *solennité* prescrite par la coutume. Si ce n'était qu'un écrit sous seing-privé à l'ordinaire, il serait valable, quoiqu'il fût écrit d'une autre main, pourvu que le testateur l'eût signé. Mais la coutume a voulu qu'il fût écrit et signé de la propre main du testateur. C'est en cela que consiste la formalité particulière qu'elle a prescrite pour cet acte seul ; formalité qui est, à la vérité, plus facile à exécuter que celle des Testamens pardevant notaires, mais qui n'est pas moins une formalité remarquable, dont il est nécessaire d'être instruit, pour ne pas manquer de l'observer, et, pour parler comme la coutume, un genre de *solennité*.

» Mais dès que le Testament olographe a une forme *solennelle* prescrite par la coutume, comment peut-on dire que le pouvoir de le faire est une faculté personnelle ? Cette proposition, nous l'avouons, nous paraît directement contraire à l'idée des capacités personnelles, connues dans le droit. Être maître de soi-même, et non en la puissance d'autrui ; avoir la libre disposition de ses biens, soit entre-vifs, soit par Testament ; pouvoir acquérir, vendre, échanger, parvenir aux dignités ; ce sont là les exemples ordinaires de capacités personnelles sur lesquelles on peut s'en former une juste idée. Mais de dire que le droit de faire un acte sous une certaine forme, et sous une forme vraiment *solennelle*, est un droit personnel ; n'est-ce pas attaquer directement, quoique d'une manière ingénieuse, la règle qui veut que la forme dépende du lieu où l'acte se fait ?

» Il est vrai que le testateur n'a besoin que de lui seul pour le faire ; et c'est pour cela que l'obligation où sont les notaires et les personnes publiques, de suivre la forme de leur pays, pour la confection des Testamens, n'empêcherait pas qu'on ne pût faire partout un Testament olographe. Il faut convenir aussi, pour la même raison, qu'il est également facile partout de faire un tel Testament ; il ne s'agit que d'écrire et de signer. Mais il n'en est pas moins vrai que c'est un acte vraiment *solennel* ; et que sa confection n'est pas l'exercice d'une capacité dépendante de la personne, mais seulement l'usage d'une forme, et d'une forme *solennelle*.

» De là, nous ne pouvons nous empêcher de

conclure, qu'un tel acte ne saurait être valable ailleurs, s'il n'est valable dans le lieu où il a été fait. Il faut que sa forme soit probante partout, comme nous l'avons expliqué : comment pourrait-elle l'être au lieu de la situation des biens, supposé que l'autorité des Testamens olographes n'y fût point reçue? Serait-ce parceque, suivant les principes, la forme ne se règle point par la loi du lieu où les biens se trouvent situés? Mais, suivant les mêmes principes, elle ne se règle point non plus par le lieu du domicile; il a fallu choisir une loi entre plusieurs; et celle du lieu où l'acte a été passé, a emporté une juste préférence, parceque c'est là que l'acte reçoit son être.

» Ajoutons à cette considération celle de la réciprocité nécessaire entre les différentes provinces et les différentes nations. Non seulement on a reçu qu'un étranger pouvait emprunter les formes du lieu où il se trouvait, mais on a reçu que ces formes étaient nécessaires pour la validité de son Testament, à l'exclusion de celles du lieu de sa demeure ordinaire; en sorte qu'un Testament fait à Rome par un habitant de Paris, en présence de deux notaires, avec toutes les formalités prescrites par la coutume, ne serait pas valable en France, parceque cette manière de tester n'a pas lieu à Rome. Cette maxime est à présent universellement reçue parmi nous. Les étrangers suivent, de leur côté, la même jurisprudence; ils respectent la forme de nos Testamens sans subtiliser sur les diverses espèces, quand elle est pratiquée parmi nous par leurs concitoyens. Comment donc détruire aujourd'hui la réciprocité si juste qui règne entre les nations, sur cette matière, sur l'apparence de quelques prétextes favorables au Testament olographe, mais qui n'empêchent pas que ce Testament ne soit une forme *solennelle* de tester, comme les autres.....

» Ne changeons donc point les bornes que nos pères ont solidement établies; respectons une jurisprudence formée par le sentiment presque uniforme de tous les auteurs, consacrée par le consentement des peuples et des nations, et conforme à la raison; et puisque le Testament dont il s'agit, a été fait à Douai, où la forme des Testamens olographes ne nous paraît pas reçue, concluons qu'il est nul, quoique le testateur eût son domicile à Paris (1) ».

Les autorités qu'on oppose à cette opinion, ne sont pas sans réplique.

D'abord, la doctrine qu'on prête à Ricard est-elle vraiment de lui? C'est dans une dissertation trouvée parmi ses papiers, après sa mort, qu'on l'a puisée; et l'on sait la différence qui a toujours été faite entre ce que cet auteur a donné de son vivant, et ce qu'on a ajouté à son ouvrage depuis sa mort : soit que ces additions viennent d'une main étrangère, soit qu'elles aient été rejetées et mises au rebut par l'auteur même, on ne les a jamais considérées que comme un ouvrage qu'on lui a supposé, ou qu'il avait lui-même condamné.

En effet, cet auteur, dans son *Traité des Donations*, partie 1, n° 1286, décide, en termes formels et sans distinction, que le Testament fait suivant les formes établies dans le lieu où il a été passé, a son exécution partout, et il en rapporte un très-grand nombre d'arrêts; c'est dans le siége même de la matière, et non dans un lieu étranger, qu'il le décide. Mais, au n° 1560, en traitant la question de savoir si le Testament olographe doit contenir la date du lieu, il s'explique en ces termes : « La date et le lieu doivent faire » juger de sa validité, et si les lois qui s'ob» servent dans le lieu où l'on a testé, per» mettent de faire un Testament olographe ». C'est dire bien nettement qu'un Testament olographe est nul pour tous les effets et en tout lieu, lorsque la coutume du lieu où il a été fait, ne permet pas de tester dans cette forme.

[[L'acte de notoriété des gens du Roi au parlement d'Aix, du 14 juin 1719, n'est pas non plus d'un fort grand poids; car il se trouve en opposition avec d'autres actes de la même nature émanés des mêmes officiers. Écoutons Montvallon, conseiller en cette cour, *Traité des successions*, tome 1er, page 348 : « quoique nous » ne connaissions point en Provence les Testa» mens olographes mentionnés dans l'art. 19 de » l'ordonnance de 1735, il paraît qu'un pareil » Testament fait par un provençal hors la » provence et dans un pays où ces Testamens » olographes sont autorisés, doit valoir tant » pour les dispositions concernant les enfans » du testateur, que pour celles qui seraient » au profit des étrangers; parcequ'il est de » règle certaine qu'il suffit, pour la validité » d'un Testament, qu'il soit fait en la forme » prescrite par la loi ou la coutume du lieu où » il est fait. (*Actes de notoriété du parquet*, » *page* 194, *aux notes*, *nonobstant l'acte de* » *notoriété du* 14 *juin* 1719 »).]]

Les arrêts qui ont jugé que la date du lieu est inutile dans les Testamens olographes, forment sans doute un puissant argument en faveur de l'opinion contraire; mais cet argument n'est pas décisif. Car de ce que les Testamens olographes ne doivent pas être datés

(1) *Nouveau Denisart*, à l'endroit cité.

du lieu où ils se font, il ne résulte pas nécessairement que leur forme soit indépendante de la loi de ce lieu ; et pour déterminer les juges en faveur des parties auxquelles ces arrêts ont donné gain de cause, il a pu suffire qu'il n'y eût point de loi romaine ni française qui prescrivit la date du lieu dans les actes sous seing-privé.

Au surplus, l'opinion à laquelle nous croyons devoir donner la préférence, a été adoptée par un arrêt dont voici l'espèce telle qu'elle est retracée dans l'arrêt même.

Gilbert Andras, bourgeois de Paris, et Marie Pinard, passent, en cette ville, le 28 décembre 1610, un contrat de mariage par lequel ils stipulent une peine de 2,000 livres, en cas d'inexécution. Cet acte signé, Gilbert Andras fait un voyage à Bruxelles. Là, surpris par une maladie grave, il fait, en forme de lettre missive, un Testament écrit et signé de sa main, par lequel il institue Marie Pinard, son accordée, légataire universelle. Après sa mort, procès sur la validité de cette disposition. Les héritiers en soutiennent la nullité, parcequ'elle n'est pas revêtue des formalités prescrites par l'édit perpétuel des archiducs, de 1611. De son côté, Marie Pinard prétend qu'un bourgeois de Paris a pu faire un Testament olographe à Bruxelles. Là-dessus, sentence du châtelet qui, en accordant à Marie Pinard la peine de 2,000 livres portée par le contrat de mariage, la déboute de sa demande en délivrance du legs universel.

Appel au parlement.

L'arrêt cité, dont nous avons une expédition sous les yeux, rappelle d'abord les conclusions de l'appelante, puis il continue ainsi :

« Leferout, pour les héritiers, dit que la disposition prétendue par la missive est nulle, tant par le statut et ordonnance des archiducs où il est décédé, qui n'admettent les Testamens olographes, sinon du père au fils, que pour n'avoir gardé les formes du droit écrit pour le Testament ou codicille.

» Talon, pour notre procureur général, dit que le défendeur, toute sa vie ayant été employé à la conduite des affaires du palais, n'ignorait point la forme de tester, pour, s'il eût la volonté, comme prétend l'appelante, de lui donner valablement, mander deux notaires et faire Testament ; ce que n'ayant fait, une missive sans témoins, qui a été tenue secrète, ne peut tenir lieu de Testament pour avoir les biens, mais s'est dû contenter de ce que le prévôt de Paris lui adjuge 2,000 livres et des meubles.

» Notre dite cour a mis et met l'appellation au néant, ordonne que ce dont est appel sortira son effet.....

» Donné en parlement, le 10 mars 1620 ».

Rien n'est, comme l'on voit, plus précis que cet arrêt : il juge qu'un Testament olographe fait dans la ville de Bruxelles, par une personne domiciliée à Paris, est absolument nul.

On dira peut-être qu'il a pour motif la circonstance que le Testament d'Andras était en forme de lettre missive.

Mais, 1° il n'y avait alors aucune loi qui défendit de tester par lettre missive, les lois romaines en contenaient même une permission expresse.

2° Il a été jugé depuis, par arrêt du 28 juin 1678, rapporté ci-dessus, §. 1, art. 5, qu'un Testament olographe fait par une lettre missive, dans les lieux où les Testamens olographes sont permis, était valable.

3° M. l'avocat-général Talon n'a fondé, comme l'arrêt l'énonce lui-même, la nullité du Testament d'Andras, que sur ce qu'il était fait par une missive *sans témoins*.

[[Je sais bien que Bardet, tome 2, liv. 1, chap. 76, fait tenir un tout autre langage à ce magistrat. Suivant lui, M. l'avocat général Talon a principalement motivé ses conclusions sur la circonstance que le Testament dont il s'agissait, était en forme de lettre missive; et il a dit « qu'à la vérité, suivant la loi 22, C. *de* » *fideicommissis*, et plusieurs autres textes, » on peut faire des fidéicommis et autres dis» positions particulières par lettres missives ; » mais qu'on ne peut faire une institution d'hé» ritier ; et que cela est expressément décidé » par la loi 9, C. *de heredibus instituendis* ».

Mais indépendamment de ce que l'arrêt mérite sans comparaison plus de foi que Bardet, indépendamment de ce que la loi 9, C. *de heredibus instituendis*, ne contient pas un mot de ce qu'il suppose lui avoir été prêté par M. Talon, quelle apparence qu'un magistrat aussi éclairé eût pu établir, relativement à la coutume de Paris, une pareille différence entre les legs particuliers et l'institution d'héritier qui alors, comme aujourd'hui, ne valait que comme legs universel dans les pays coutumiers ; et qu'il eût pu imaginer qu'une forme de tester qui était bonne pour les simples legs, était nulle pour les legs universels ? La question se fût-elle présentée dans un pays de droit écrit, M. Talon n'aurait pas encore pu la résoudre ainsi ; car, dit à ce sujet Furgole, *Traité des Testamens*, chap. 2, sect. 7, n° 18, « la lettre fidéicommissaire a la même force » qu'un codicille ; et s'il est vrai qu'on ne puisse » point donner ni ôter une hérédité par codi-

» cille, ou par lettre fidéicommissaire, *jure* » *directo*, on le peut néanmoins par fidéicom- » mis, comme nous l'avons montré ci-dessus, » et l'institution doit être convertie en fidéi- » commis, suivant la loi 2, §. 4, D. *de jure* » *codicillorum*, et la loi 76, D. *ad senatus-* » *consultum Trebellianum* ».

Laissons donc là les absurdités que Bardet met dans la bouche de M. l'avocat général Talon, et tenons pour constant que ce magistrat n'a conclu à la nullité de la lettre testamentaire de Gilbert Andras, et que l'arrêt rendu sur ses conclusions ne l'a prononcée, que parceque cette lettre avait été écrite dans un lieu où il n'était pas permis de disposer à cause de mort en forme olographe, bien que cette manière de tester fût admise par la loi du domicile du testateur.]]

C'est ce que paraît avoir également jugé un arrêt de la même cour, du 14 juillet 1722, rapporté au *Journal des Audiences*.

Cette jurisprudence est encore fortifiée par un arrêt que la *Gazette des Tribunaux*, du 15 juillet 1777, nous retrace en ces termes :

« M. Milon, évêque de Valence....., avait toujours eu le desir de faire du bien aux pauvres ; mais absent de son diocèse, pendant les quinze dernières années de sa vie, il n'avait pu connaître l'étendue de leurs besoins ; il se reprochait à lui-même de ne les avoir pas soulagés. En conséquence, pour les dédommager après sa mort, il fit son Testament le 15 décembre 1766, et institua pour son légataire universel l'hôpital général de sa ville épiscopale.

» Les héritiers présomptifs de ce prélat se pourvurent au châtelet de Paris contre son Testament.

» Un des principaux moyens de nullité allégués par la dame Desfrancs, fut de dire que le testateur était domicilié en pays de droit écrit, où les Testamens olographes ne sont valables que lorsqu'ils sont faits par des ascendans en faveur de leurs descendans, suivant les dispositions de l'ordonnance des Testamens.....

» On a répondu, pour l'hôpital général de Valence, au moyen de nullité proposé par la dame Desfrancs, que le Testament de M. l'évêque de Valence avait été fait et déposé à Paris, où les Testamens olographes sont permis, et qu'il était de principe que la forme des actes dépendait du lieu où ils avaient été passés, *locus actum regit*. Cette question ayant été agitée au châtelet, il est intervenu sentence le 30 décembre 1772.....

» Sur l'appel de cette sentence en la cour, il a été rendu arrêt, en la grand'chambre, au rapport de M. l'abbé de Malezieux, qui, *sans s'arrêter aux moyens de nullité proposés par la dame Desfrancs, contre le Testament de M. l'évêque de Valence, dont elle est déboutée, ordonne que les Testamens et codicilles de M. l'évêque de Valence, des 15 décembre 1766, 21 juin 1770 et 20 février 1771, seront exécutés selon leur forme et teneur ; en conséquence, envoie l'hôpital de Valence en possession des différentes parties des rentes constituées au profit de M. l'evêque de Valence, tant par le clergé que par la ville de Lyon.....* ».

[[Voici trois arrêts de la cour de cassation, qui prononcent dans le même sens.

Le 15 brumaire an 2, M. Brunel, membre de la convention nationale, domicilié à Beziers, pays de droit écrit, fait, dans la conciergerie du palais de justice, à Paris, où il est detenu, un Testament olographe par lequel il reconnaît Apolline-Marie-Florine pour sa fille naturelle, adultérine, et lui legue tout ce dont la loi l'autorise à disposer.

Un an après, il est mis en liberté ; et le 29 floréal an 3, il meurt à Toulon, laissant plusieurs enfans légitimes.

Procès entre ceux-ci et Apolline-Marie-Florine.

Le 25 fructidor de la même année, jugement du tribunal de district de Beziers, qui déclare valable la reconnaissance d'enfant consignée dans le Testament de M. Brunel.

Sur l'appel, les enfans légitimes soutiennent que le Testament est nul, 1° parceque leur père n'était pas libre, lorsqu'il avait disposé ; 2° parcequ'il était domicilié en pays de droit écrit, où l'ordonnance de 1735 ne permet de disposer dans cette forme, qu'en faveur d'enfans légitimes ; 3° parcequ'un enfant adultérin ne peut rien recevoir de son père.

Le 9 germinal an 12, arrêt de la cour d'appel de Montpellier, qui confirme le jugement du tribunal de Béziers, et par conséquent juge le Testament valable ; mais attendu qu'un enfant adultérin n'a droit qu'à des alimens, déclare que la disposition de M. Brunel, en faveur d'Apolline-Marie-Florine, doit être réduite à une pension alimentaire, pour la fixation de laquelle il ordonne aux enfans légitimes de rapporter l'état des biens laissés par leur père.

Les enfans légitimes se pourvoient en cassation, et reproduisent tous les moyens qu'ils ont fait valoir en cause d'appel.

Par arrêt du 28 prairial an 13, au rapport de M. Cassaigne,

« Considérant qu'en jugeant qu'il est dû des alimens à Apolline-Marie-Florine, par la succession du feu sieur Brunel, d'après le Tes-

lament de celui-ci, du 15 brumaire an 2, l'arrêt n'a fait que se conformer à l'art. 2 de la loi transitoire du 14 floréal an 11; que l'arrêt n'a violé aucune loi, en déclarant valable ce Testament, quoique fait en forme olographe dans une conciergerie, et en faveur d'un enfant adultérin, puisque la coutume de Paris, où l'arrêt décidequ'il fut fait, autorisait cette forme de disposition, et qu'aucune loi n'attachait à la simple détention dans une conciergerie, l'incapacité de tester, ni à la qualité d'enfant adultérin, celle de recevoir à titre d'alimens;

» Que, si la disposition était excessive, il y a seulement lieu de la réduire aux alimens, ainsi que l'arrêt l'ordonne, conformément à l'art. 2 de la loi du 14 floréal an 11, ci-dessus cité; que la formation ordonnée d'un état des biens de la succession du sieur Brunel, à l'effet de fixer les alimens, rentre dans le vœu de l'art. 763 du Code civil, qui veut qu'ils soient réglés eu égard aux facultés du père;

» La cour rejette le pourvoi.....».

Le 10 mai 1785, le sieur Despuget, marchand à Paris, fait à Bordeaux, où il se trouve momentanément, un testament olographe qui contient plusieurs legs.

Les divers légataires se pourvoient successivement en delivrance.

Le 29 novembre 1787 et le 26 août 1789, sentences du châtelet qui ordonnent l'exécution du testament.

Les héritiers Despuget appellent de ces sentences, et soutiennent que le testament est nul, parce qu'il a été fait en forme olographe, dans un pays où cette forme de tester n'est pas admise.

Les légataires, en faveur desquels a été rendue la première sentence, répondent que le testateur était domicilié dans une coutume qui autorise les Testamens olographes, et que, dès là, il a pu tester dans cette forme à Bordeaux.

Le 6 août 1793, jugement qui, adoptant le système des héritiers, déclare le Testament nul. Recours en cassation de la part des légataires.

Par arrêt rendu, sections réunies (après partage à la section des requêtes), le 15 pluviôse an 2, ce recours est rejeté.

Le 7 thermidor an 9, l'appel de la sentence du 26 août 1789 est porté à l'audience de la cour d'appel de Paris; et le même jour, arrêt, qui, appliquant au Testament du sieur Despuget la maxime, *locus regit actum*, le déclare nul.

Les légataires se pourvoient en cassation; mais par arrêt du 20 août 1806, au rapport M. Liger de Verdigny,

« Attendu que la violation formelle d'une loi donne seule ouverture à cassation; qu'à l'époque où l'arrêt dénoncé a été rendu, la jurisprudence était controversée sur la validité ou invalidité du Testament olographe fait en pays de droit écrit, par un domicilié dans une coutume qui admettait ce mode de tester;

» Considérant d'ailleurs que la question a déjà été résolue en faveur des défendeurs, par arrêt rendu, sections réunies, le 15 pluviôse an 2;

» La cour rejette le pourvoi.....».]

A ces arrêts se joint un acte de notoriété du châtelet, du 13 septembre 1702, qui établit pareillement, et de la manière la plus précise, que la faculté de tester dans la forme olographe, dépend uniquement de la loi du lieu où se fait le Testament:

« Nous (porte-t-il), après avoir pris l'avis des anciens avocats et procureurs, communiqué aux gens du roi, et conféré avec les conseillers de ce siége, disons que, pour entendre et résoudre les difficultés qui se peuvent faire au sujet d'un Testament olographe fait à Paris, il est nécessaire d'expliquer les maximes qui, quoique triviales, dérivent néanmoins de principes certains, qui conduisent à une décision fort juste.....

» Ces maximes établies et supposées véritables, il ne sera pas difficile de dire que le Testament olographe fait à Paris par une personne domiciliée en pays de droit écrit, ou ailleurs, est bon et valable, pourvu que ce qui est prescrit par la coutume de Paris, ait été observé; auquel cas, on ne peut jamais le rendre nul, en disant que l'on n'a pas observé ce qui est prescrit par les lois et les coutumes des autres provinces.

» Il est vrai que, si l'on pouvait détruire la maxime qu'il suffit, pour la validité d'un Testament, qu'il soit fait suivant les formes prescrites par la coutume du lieu où il se fait, celui dont il est question, ne pourrait avoir son exécution, parce qu'il pourrait être nul, suivant ce qui s'observe en quelques pays de droit écrit, qui originairement et avant le temps de Valentinien, ne reconnaissaient pas les Testamens olographes, dont l'usage n'a été bien établi que par une novelle qui est dans le Code Théodosien, qui est le tit. 4 des novelles de Valentinien, et la novelle 107, au Code de Justinien. Et il serait vrai de dire, que, si une personne domiciliée à Paris faisait son Testament dans le pays de Lauraguais, sans observer ce qui est prescrit par la loi de cette province, ce Testament serait nul, quoiqu'il fût écrit, signé et daté de la main du testa-

teur, et ne pourrait pas être exécuté à Paris, ni ailleurs, si la coutume de cette province est contraire.

» Par une raison contraire, l'on conclura que c'est avec beaucoup de justice, et suivant les véritables maximes de jurisprudence, qu'un Testament olographe, écrit, signé et daté de la main du testateur, fait à Paris, est bon; qu'il ne peut être argué de nullité dans la forme; mais que les dispositions y contenues, n'auront lieu que suivant celles de la coutume du domicile du testateur pour les meubles; et pour ce qui concerne les immeubles, les dispositions seront restreintes, et n'auront lieu qu'autant qu'il aura été permis au testateur de disposer suivant les coutumes où les immeubles se trouveront situés. Le tout, pourvu que la personne qui l'a fait, ait été en âge et capacité de tester, suivant la coutume du lieu de sa naissance.

»Ce que nous attestons, par acte de notoriété, être l'usage et les maximes suivant lesquels ces sortes de questions se jugent au châtelet de Paris, suivant l'art. 289 de la coutume qui s'y observe exactement ».

Enfin, tel est l'avis de Pothier, dans son *Traité des Donations testamentaires*, chap. 1, art. 2, §. 1.

[[On ne peut cependant se dissimuler, comme je le disais dans les conclusions du 28 ventôse an 13, rapportées ci-dessus, §. 3, art. 8, que l'opinion contraire ne fût assez plausible pour mettre à l'abri de la cassation les arrêts qui auraient pu l'adopter; c'est même ce qu'insinuent assez clairement, et l'arrêt rendu le même jour sur ces conclusions, et celui du 20 août 1806, que je viens de rappeler.

Au reste, la question ne peut plus se présenter sous le Code civil, du moins pour les Testamens des Français.

D'un côté, l'art. 969 de ce Code autorise le Testament olographe dans toute la France.

Et de l'autre, l'art. 999 porte qu'*un Français qui se trouvera en pays étranger, pourra faire ses dispositions testamentaires par acte sous signature privée, ainsi qu'il est prescrit en l'art.* 970, rapporté ci-après.

Mais la question reste entière pour les testamens olographes que feraient en France des étrangers domiciliés dans des pays où les lois n'admettraient pas cette manière de tester, et par lesquels ils disposeraient de biens situés dans ces pays : les tribunaux de ces pays devraient-ils les déclarer valables d'après la loi française, ou les annuler d'après les lois domiciliaires des testateurs? C'est sur quoi on peut se fixer d'après les développemens dans lesquels je suis entré sur la jurisprudence que suivaient à cet égard les tribunaux français avant le Code civil.

Art. III. *Quelle est la forme extrinsèque ou viscérale des Testamens olographes? Quelles sont les formalités extrinsèques qui leur sont propres* (1)?

I. La forme intrinsèque du testament olographe est la même que celle du testament par acte public et du testament mystique : elle consiste, suivant l'art. 895 du Code civil, dans la disposition que fait le testateur, *pour le temps où il n'existera plus, de tout ou partie de ses biens, et qu'il peut révoquer.*

Il ne peut s'élever là-dessus qu'une seule question, et la voici :

Un acte entièrement écrit, daté et signé de la main de la personne qui y parle, et dans lequel cette personne déclare donner telle chose à un tel, peut-il être considéré comme un testament olographe, lorsque d'ailleurs il ne contient aucune expression annonçant qu'il a été fait dans l'intention de tester ou de disposer à cause de mort?

Le 2 floréal an 9, Anne-Marie Prévost, veuve Lions, domiciliée dans la commune de Montabon, département de la Sarthe, a écrit de sa main un acte ainsi conçu : « Le 2 mai » 1801, le 12 floréal an 9 de la république » française. Le Petit Jean Renou, je lui donne » ma maison qu'occupe madame Gurry, sur » la place; pendant quatre ans, le revenu est » donné aux pauvres. Je lui donne en outre » la maison des Hêtres perpétuellement, sans » rien démarer, le jardin, le passage des » Rayels sera rénni à la maison, deux arpens

(1) J'entends ici par les mots *forme intrinsèque ou viscérale*, suivant la définition que j'en ai donnée à l'article *formalités*, ce qui constitue la substance du Testament, et sans quoi il n'y aurait point de Testament, même en supposant l'entier et parfait accomplissement de toutes les formalités requises pour constater légalement la volonté du testateur; et c'est l'ensemble de ces formalités que j'appelle les *formes extrinsèques* du Testament olographe.

Mais, pour prévenir toute confusion d'idées sur ce point, il est bon de remarquer que Pothier, dans son *Traité des donations testamentaires*, chap. 5, art. 2, §. 2 *et* 3, donne à ces termes une autre acception : que, sans s'occuper de ce que j'appelle la *forme intrinsèque* ou *viscérale* du Testament olographe, il appelle ainsi les formalités prescrites pour la preuve légale de la volonté de celui qui fait un pareil Testament; et qu'il qualifie de *formes extrinsèques*, les formalités qui ne doivent s'exécuter qu'après la mort du testateur, telles que sont celles dont je parlerai, ci-après, §. 5.

» de Terre au Tertre-Rouge, douze boisselées » de terre contre chez Durand, un arpent » trente chaînées de terres en vignes, vingt » chaînées de prés aux Ointeries. *Signé* » A. M. Prévost, veuve Lions ».

Après avoir écrit et signé cet acte, la veuve Lions l'a remis à Jean Renou, père du mineur qu'elle y appelait *le Petit Jean Renou*.

Le 18 thermidor an 9, après la mort de la veuve Lions, Jean Renou a déposé cet écrit entre les mains d'un notaire, qui lui en a délivré une expédition.

Assignée en délivrance des dispositions contenues dans cet acte, Marie-Charlotte Prévost, veuve Serpin-Brosserie, héritière *ab intestat* de la veuve Lions, a prétendu que cet acte n'était ni écrit ni signé de la main de celle-ci.

Mais un rapport d'experts ayant constaté que c'était la veuve Lions elle-même qui avait écrit et signé cet acte, jugement est intervenu, au tribunal civil de l'arrondissement de Saint-Calais, le 6 frimaire an 12, par lequel l'exécution du Testament de la veuve Lions a été ordonnée, et Jean Renou envoyé, au nom de son fils mineur, en possession des objets à lui légués par ce Testament.

Sur l'appel, la veuve Serpin-Brosserie a changé de système : elle a reconnu que l'acte du 12 floréal an 9 était écrit et signé de la main de la veuve Lions ; mais elle a soutenu que ce n'était point un Testament.

Le 8 thermidor an 12, arrêt de la cour d'appel d'Angers qui,

« Attendu que l'acte dont il s'agit, ne renferme, dans son contexte, aucune expression qui caractérise une disposition testamentaire, et la distingue d'une donation entre vifs » ; qu'ainsi, il ne peut produire aucun effet ;

» Met l'appellation et ce dont est appel au néant, émendant, déclare l'acte du 12 floréal an 9 nul et de nul effet..... ».

Recours en cassation de la part de Jean-Renou.

« Cette affaire (ai je dit à l'audience de la section des requêtes, le 6 thermidor an 13) se réduit à une question très-simple. Est-ce une donation entre-vifs, est-ce un simple legs, que renferme l'acte du 12 floréal an 9 ? Si c'est une donation entre-vifs, l'acte est nul par défaut de forme ; et l'arrêt attaqué doit être maintenu. Si c'est un legs, l'acte est valable, parcequ'il est revêtu de toutes les formalités requises dans les Testamens olographes ; et l'arrêt attaqué ne peut échapper à la cassation.

» La question serait bientôt résolue, si, dans l'acte du 12 floréal an 9, il se trouvait quelques expressions qui annonçassent que Marie-Anne Prévost n'a disposé qu'à cause de mort ; mais on a beau y chercher ces expressions, elles n'y existent pas.

» Il est vrai que Marie-Anne Prévost a chargé son donataire de laisser, pendant quatre années, aux pauvres de la commune de Montabon, la jouissance de la maison occupée par la femme Gurry : mais elle pouvait imposer une pareille charge à un donataire entre-vifs, comme à un légataire. Il est même des contrées où tous les jours, dans les contrats de vente, les vendeurs stipulent des aumônes au profit des pauvres ; et la coutume de Lille comprend expressément ces aumônes, qu'elle appelle *carité*, dans les frais et loyaux-coûts de la vente.

» Il est vrai encore que Marie-Anne Prévost, en donnant au mineur Jean Renou sa maison des Hêtres, a voulu que le *passage des Rayels*, fût réuni à cette maison. Mais qu'a-t-elle fait par là ? Rien autre chose que ce qu'elle pouvait faire par une donation entre-vifs, tout aussi bien que par un Testament. Un donateur entre-vifs peut, aussi bien qu'un testateur, déclarer qu'il comprend dans sa libéralité, un objet que l'on pourrait douter y être compris.

» Remarquons d'ailleurs que Marie-Anne Prévost n'a pas dit : *Le passage des Rayels sera réuni à la maison après ma mort ;* mais simplement : *Le passage des Rayels sera réuni à la maison ;* et il est bien sensible que cette expression *sera* peut aussi bien annoncer une réunion à opérer immédiatement après la donation, qu'une réunion à différer jusqu'après la mort de la donatrice. C'est ainsi que très-souvent, dans les contrats de vente, on dit : SERONT *compris dans la présente vente tels et tels objets.*

» La remise que Marie-Anne Prévost a faite elle-même à Jean Renou, père, de l'acte du 12 floréal an 9, n'est pas plus propre que les expressions de cet acte, à prouver que l'intention de cette femme était de faire un Testament ; et bien loin de là, il en résulterait plutôt une présomption, très-légère à la vérité, que ce n'était pas un Testament que cette femme entendait faire. Car le plus communément les testateurs conservent dans leurs propres mains, ou déposent chez des notaires, leurs dispositions de dernière volonté ; il est rare qu'ils les confient aux personnes mêmes qu'elles veulent gratifier, ou à leurs représentans.

» Ce n'est donc, ni par les expressions de l'acte du 12 floréal an 9, ni par aucune circonstance extérieure, ce n'est que par les

principes généraux sur la distinction des donations entre-vifs d'avec les donations à cause de mort, que nous pouvons juger si cet acte doit valoir comme Testament; ou si, ne pouvant être considéré que comme une disposition entre-vifs, il doit, par cela seul, demeurer sans effet.

» Qu'est-ce qu'un Testament? C'est (dit Justinien dans ses Institutes), la déclaration légale de ce que l'on veut être fait après sa mort : *Testamentum est justa sententia de... eo quod quis post mortem suam fieri velit.* Ainsi, pour qu'un homme soit censé faire un Testament, il faut qu'il dispose pour un temps où il ne sera plus; il faut qu'il rédige sa disposition de manière qu'elle ne soit susceptible d'exécution qu'après sa mort.

» Si donc un homme dit purement et simplement, *je donne*, ce n'est point un Testament qu'il fait, parceque, dans ces seuls mots *je donne*, rien n'annonce l'intention de ne donner que dans un temps où l'on aura cessé de vivre; parceque ces mots, *je donne*, emportent par eux-mêmes une donation présente, un dessaisissement actuel, une translation de propriété qui s'opère à l'instant même.

» On sait bien que, dans l'usage, les mots, *je donne*, s'emploient dans le legs, dans le fidéi commis, dans la donation à cause de mort, comme dans la donation entre-vifs; mais ce n'est point par eux-mêmes qu'ils constituent un legs, un fidéicommis, une donation à cause de mort; ils ne les constituent que parcequ'ils sont accompagnés d'autres expressions qui manifestent, dans le donateur, l'intention de léguer, de fideicommisser, de donner à cause de mort.

» Ainsi, dans la loi 75, D. *de legatis* 1°, la phrase suivante, *sachez que je vous donne telle somme d'argent*, est présentée comme un fidéi commis imposé à l'héritier *ab intestat*, en faveur de la personne à laquelle cette phrase est adressée; mais pourquoi? Parceque le défunt avait ordonné que l'écrit dans lequel cette phrase était consignée, ne fût ouvert qu'après sa mort : *Mihi ad sororem epistolam quam post mortem suam aperiri mandavit, talem scripsit :* scire te volo donare me tibi aureos octingentos; *fideicommissum deberi constitit; nec aliud probandum in supremâ cujuslibet voluntate : placet enim consistere fideicommissum ac si defunctus cum eo loquatur quem precariò remuneratur.*

» La loi 77, §. 26, du même titre, nous offre une espèce semblable. Une mère avait déposé dans un temple, un écrit portant donation pure et simple de certains héritages à son fils et elle avait chargé le sacristain de ne le remettre à son fils qu'après qu'elle serait morte. Question de savoir quel était le caractère de cette donation; et la loi répond qu'elle doit valoir comme fidéi commis : *Donationis prædiorum epistolam, ignorante filiâ, mater in æde sacrâ, verbis fidei commissi non subnixam, deposuit, et litteras tales ad ædituum misit : Instrumentum voluntatis meæ post mortem meam filio meo tradi volo. Cùm pluribus heredibus intestato diem suum obiisset, intelligi fideicommissum filio relictum respondi.*

» Et la raison en est (dit Cujas sur cette loi, *in lib.* 8 *responsorum Papiniani*), qu'en chargeant le sacristain de ne remettre l'écrit à son fils qu'après sa mort, la mère avait témoigné vouloir ne donner à son fils qu'au moment où elle cesserait de vivre : *Quibus verbis ostendit se nolle donationem prædiorum effectum habere, nisi post mortem suam; ergò quasi fideicommissum valere, non quasi donationem inter vivos.*

» Que sera-ce donc si, dans l'écrit qui contient les mots, *je donne*, ou dans un autre qui y soit relatif, le donateur n'a rien dit qui ait trait à sa mort? En ce cas, les mots, *je donne*, rentrent dans leur sens propre; et l'on sait assez que, dans leur sens propre, ils ne conviennent qu'à une donation entre-vifs. *Donationes complures sunt* (dit la loi 1re, *de donationibus*, au Digeste). *Dat aliquis eâ mente, ut statim velit accipientis fieri nec ullo casu ad se reverti, et propter nullam aliam causam facit, quàm ut liberalitatem exerceat* : HÆC PROPRIÈ DONATIO APPELLATUR. *Dat aliquis eâ mente, ut tunc demùm accipientis fiat cùm aliquid secutum fuerit,* NON PROPRIÈ DONATIO APPELLABITUR, *sed totum hoc donatio sub conditione est. Item cùm quis eâ mente dat, ut statim quidem faciat accipientis, si tamen aliquid factum fuerit, velit ad se reverti;* NON PROPRIÈ DONATIO DICITUR, *sed totum hoc donatio est quæ sub conditione solvitur,* QUALIS EST MORTIS CAUSA DONATIO.

» De là, la conséquence que, dans le doute, une donation doit être présumée entre-vifs plutôt qu'à cause de mort; et c'est ce qu'enseignent tous les auteurs.

» Voët, sur le Digeste, titre *de mortis causâ donationibus*, établit, n° 1, que, pour constituer une donation à cause de mort, la mention du décès du donateur est nécessaire : *necesse videtur ut aliqua in donando mortalitatis..... mentio fiat;* et il ajoute, n° 2, que, si la chose est douteuse, même dans le cas où la donation a été faite par un homme malade ou agonisant, on doit présumer que

celui-ci a donné entre-vifs. C'est, comme il l'observe, ce que décide la loi 42, §. 1, du titre cité; c'est d'ailleurs, ce qui résulte du principe, qu'en cas de doute, on doit restreindre les mots à leur sens propre : *Præsertim cùm inter vivos donatio sit propria, impropria verò ea quæ est mortis causâ : in ambiguis autem magis pro eo quod proprium, quàm pro eo quod improprium, præsumendum sit.*

» Même doctrine dans Ménochius, *de præsumptionibus*, liv. 3, chap. 36 : *Cùm nulla*, dit-il, *mortis mentio facta est in donatione, illa censetur donatio inter vivos, sicut omnes scribunt in lege* quæ dotis, D. soluto matrimonio. *Et quandò verè sumus in dubio, præsumitur potiùs donatio inter vivos quàm causâ mortis..... Extenditur hæc sententia ut locum habeat, etiam quandò ab infirmo et ægrotante facta est; nam si nulla facta est mortis mentio, præsumitur inter vivos.*

» A Sande, dans son recueil d'arrêts du conseil souverain de Frise, dit également : *In dubio præsumitur donatio inter vivos, non mortis causâ, nisi mentio mortis facta sit;* et il rapporte un arrêt du 20 décembre 1626, qui, dans une espèce où l'on argumentait de différentes clauses d'une donation, pour prouver qu'elle était entre-vifs, a jugé qu'elle avait véritablement ce caractère, non à raison des clauses dont on prétendait le faire résulter, mais par la force du principe général, que, dans le doute sur la nature d'une donation, elle doit être présumée entre-vifs, et non à cause de mort : *Senatus has donationes inter vivos esse censuit, non tam ob appositas prædictas clausulas, quàm ob præsumptionem illum quâ in dubio magis hæc quàm mortis causâ donatio præsumitur.*

» Furgole, *Traité des Testamens*, chap. 14, n° 8, dit aussi que, *dans le doute, toute donation est censée entre-vifs, et non à cause de mort, s'il n'est exprimé qu'elle est à cause de mort, suivant la décision des auteurs, notamment de Benedicti sur le chapitre* Raynutius, *au mot* Testamentum, 4, n° 22, *de Julius Clarus*, §. Donatio, *quest.* 4, *et des autres cités par Christyn sur les lois abrogées de Buguyon, liv.* 5, *chap.* 16.

» C'est donc une donation entre-vifs, et non une donation à cause de mort, que Marie-Anne Prévost est censée avoir faite; et dès-là, nécessité de reconnaître que l'acte du 12 floréal an 9 ne peut pas être exécuté comme Testament olographe.

» Vainement opposerait-on le passage suivant de Brillon, au mot *Testament*, n° 206 : *Papier écrit et signé par le défunt, encore qu'il n'ait déclaré que ce fût son Testament, s'il est bon et valable. Voyez Charondas, liv.* 6, *rép.* 49, *où il tient l'affirmative.* Dans ce passage, Brillon ne décide rien par lui-même, il s'en réfère à Charondas. Or, que dit Charondas à l'endroit auquel Brillon renvoie? Il dit qu'un papier écrit et signé par le défunt, *en forme de Testament*, doit valoir comme tel, quoique le défunt n'ait pas appelé de témoins pour déclarer qu'il avait testé dans la forme olographe; et, assurément, notre espèce n'a rien de commun avec celle dont s'occupe Charondas.

» Ce qui prouve au surplus, combien cet auteur était éloigné de regarder comme un Testament olographe, un acte sous seing-privé dont aucune expression n'annonce, dans celui qui l'a écrit, l'intention de disposer à cause de mort, c'est la manière dont il s'explique sur l'art. 291 de la coutume de Paris : *Il faut* (ce sont ses termes) *que le Testament soit fait en forme de Testament; autrement, il ne sera pas pour tel réputé, ains pour une écriture privée et simple mémoire, comme j'ai vu juger par arrêt du* 13 *janvier* 1560.

» Buridan, sur l'art. 58 de la coutume de Vermandois, cite aussi le même arrêt, et voici la conséquence qu'il en tire : *Il faut que le testateur fasse mention qu'il fait telle écriture pour son Testament; autrement, elle ne servirait que de mémoire seulement*

» Ferrière, sur l'art. 289 de la coutume de Paris, glose 1, n° 5, infère aussi de cet arrêt que, pour la validité d'un Testament olographe, il ne suffit pas *que la forme de Testament y soit observée*, et qu'il faut, en outre, que *ce mot* TESTAMENT *y soit exprimé.* A la vérité, dans le n° suivant, le même auteur convient, d'après un arrêt du 28 juin 1678, rapporté au *Journal du Palais*, que ce mot n'est pas tellement sacramentel, qu'on n'y puisse suppléer par d'autres expressions équipollentes; mais, par là même, il reconnaît qu'il faut au moins des expressions équipollentes au mot *Testament*, pour qu'un écrit sous seing-privé puisse valoir comme Testament olographe.

» Ecoutons encore là-dessus Gabriel, dans ses *Observations détachées sur les coutumes et les usages du ressort du parlement de Metz*, tome 2, page 617 : *La troisième condition que je crois nécessaire dans les actes de dernière volonté, écrits de la main du testateur, c'est qu'il paraisse, par ses expressions, qu'il les a écrites dans l'intention de tester actuellement.* Et plus bas : *Je ne doute pas, et je viens de le dire, que, pour qu'un écrit puisse être regardé comme un Testa-*

ment, il faut qu'il paraisse, par les expressions de celui qui l'a écrit, qu'il l'a fait dans l'intention de disposer de ses biens, et qu'il a cru et voulu actuellement tester.

» Ainsi, point de Testament sans expressions qui indiquent manifestement l'intention de disposer à cause de mort; et par conséquent, point de Testament, toutes les fois que l'on dispose en termes qui caractérisent une donation actuelle.

» Inutile de dire qu'alors, la disposition ne pourrait pas avoir son effet comme donation entre-vifs, et qu'un donateur ne doit jamais être présumé avoir voulu faire une disposition nulle.

» Une donation entre-vifs, un Testament, sont des actes dont toute la valeur est dans leur solennité, et dont toute la solennité est dans leurs formes. Si donc, en faisant un Testament ou une donation entre-vifs, on néglige les formes qui leur sont propres, qu'est-on censé avoir voulu faire? Rien. La loi présume alors qu'on a rédigé un acte défectueux, pour se dérober à des suggestions importunes, en paraissant y céder; elle présume qu'en faisant semblant de disposer, on n'a réellement voulu faire aucune disposition.

» Et c'est ce qui répond à l'argument que le demandeur cherche à tirer ici du principe que, dans le doute, une disposition doit être interprétée plutôt dans le sens propre à lui donner son effet, que dans le sens qui tendrait à l'anéantir.

» Ce principe est vrai à l'égard de toute disposition qui, portant à l'extérieur un caractère particulier, ne présente des doutes que sur le fond des choses qui en sont l'objet. Mais il cesse d'être applicable, lorsque, la disposition étant conçue dans les termes qui caractérisent manifestement un genre de disposition, l'on voudrait, pour lui conserver son effet, la métamorphoser en une disposition d'un autre genre.

» Par exemple, un testateur lègue à *Pierre*, son cousin germain, une somme d'argent. Il se trouve, après sa mort, avoir laissé deux cousins germains nommés *Pierre*, l'un qui est capable de recevoir, et l'autre qui est incapable. Lequel des deux est-il censé avoir voulu gratifier? Sans contredit, c'est celui qui est capable de recevoir, puisqu'autrement sa disposition serait nulle.

» Mais si, par un acte sous seing-privé, je déclare purement et simplement donner tel bien, je ne fais point un Testament, je ne fais qu'une donation entre-vifs: et l'on ne pourra pas, sous le prétexte que ma disposition est nulle comme donation entre-vifs, demander qu'elle soit exécutée comme Testament; car ce serait intervertir ma volonté; ce serait me prêter une intention que je n'ai pas eue; ce serait mettre un testateur à la place d'un donateur entre-vifs. On peut seulement dire alors, que j'ai fait, par un acte sous seing-privé, ce que je ne pouvais pas faire; et que ce que je pouvais faire par un acte semblable, je ne l'ai point fait. *Feci quod non potui; quod potui, non feci.*

» A quoi se réduit d'ailleurs, dans notre espèce, la question de savoir si l'acte du 12 floréal an 9 est ou n'est pas un testament olographe? A une simple question de volonté. Or, le jugement qui intervient sur une question de volonté, peut il jamais, de ce chef, être sujet à cassation? Il y serait sujet sans doute, si la loi avait posé des règles certaines pour juger une question de cette nature, et qu'il eût adopté une opinion contraire à ces règles. Mais, si la loi est restée muette, si, par son silence, elle a abandonné la question de volonté à la conscience des juges, qu'a-t-on à dire? Les juges ont pu se tromper; mais, en se trompant, ils n'ont violé aucune disposition législative; et l'erreur sur un point de fait n'est pas un moyen de cassation.

» Dira-t-on que les lois 12 et 21, D. *de rebus dubiis*, ont expressément consacré le principe dont nous parlions tout à l'heure, savoir, que, dans l'interprétation d'une clause obscure ou ambiguë, on doit toujours faire prévaloir le sens le plus propre à donner un effet quelconque à l'acte où elle se trouve?

» Mais, 1° vous venez de voir que ce serait donner trop d'extension à ce principe, que de le faire servir à dénaturer une disposition, en convertissant une donation entre-vifs en Testament. 2° Les lois romaines n'ont aucune autorité dans le ci-devant Maine, c'est à-dire, dans le pays où la contestation actuelle a pris naissance.

» Ce n'est pas avec plus de fondement que le demandeur cherche à se faire un moyen de cassation, de ce qu'en première instance, la veuve Serpin Brosserie s'était bornée à soutenir que l'acte du 12 floréal an 9 n'était pas écrit et signé de la main de Marie-Anne Prévost; et de ce qu'elle avait, par là, suivant lui, renoncé au système qu'elle n'a employé qu'en cause d'appel.

» La réponse à cette objection est écrite en toutes lettres dans la loi 43. D. *de regulis juris*. Toute personne, y est-il dit, qui a commencé par nier qu'elle fût débitrice, peut ensuite, en avouant sa dette, employer d'autres exceptions, pour éviter d'être condamnée à la

payer, à moins que la loi ne le lui défende expressément : *Nemo ex his qui negant se debere, prohibetur etiam aliâ defensione uti, nisi lex impediat.* Ainsi, après avoir soutenu qu'un titre était nul, on peut encore, en convenant de sa validité, lui opposer la prescription. Ainsi, après avoir succombé dans l'accusation de faux intentée mal-à-propos contre un Testament, on peut encore le faire déclarer nul pour vice de forme. Ainsi, et par la même raison, la veuve Serpin-Brosserie a très bien pu, après avoir nié l'écriture de Marie-Anne Prévost, soutenir que l'acte écrit par Marie-Anne Prévost, n'était point un Testament.

» Par ces considérations, nous estimons qu'il y a lieu de rejeter la requête du demandeur ».

Par arrêt du 6 thermidor an 13, au rapport de M. Doutrepont,

« Attendu que la cour d'appel d'Angers n'a vu, dans l'acte du 2 mai 1801 (12 floréal an 9), rien qui caractérise un Testament olographe; et qu'en jugeant que cet acte ne pouvait avoir l'effet d'un Testament, elle n'a violé aucune loi ;

» La cour rejette le pourvoi.....».

On voit que, dans cette espèce, la cour de cassation s'est bornée à déclarer que l'arrêt attaqué avait pu, sans violer aucune loi, juger que l'écrit dont il s'agissait, n'avait pas le caractère d'un Testament olographe, et qu'elle s'est abstenue de décider si cet arrêt avait bien ou mal jugé au fond.

C'est encore avec la même réserve qu'elle a prononcé depuis sur une affaire dans laquelle la question s'était représentée.

Le 31 août 1818, le sieur Hébert, n'ayant ni enfans ni ascendans, écrit, date et signe de sa main, un écrit ainsi conçu : « je donne » à Marie Catherine Lefrançois tout ce que je » possède » ; et il meurt quatre jours après.

Le juge de paix, en apposant les scellés sur ses effets, trouve cet écrit dans un coffre, sur l'indication qui lui en est donnée par Marie-Catherine Lefrançois, à qui apparemment le sieur Hébert avait confié qu'il l'y avait placé; et le regardant comme un Testament olographe, il le présente au président du tribunal de première instance de Pont-l'Évêque, qui en ordonne d'abord le dépôt chez un notaire, et envoie ensuite Marie-Catherine Lefrançois en possession de tous les biens du défunt.

Mais les héritiers collatéraux y forment opposition, en soutenant que l'écrit du 31 août 1818 est nul comme donation entre vifs, parcequ'il est sous seing-privé, et qu'il ne peut valoir comme Testament, parceque rien n'y annonce, de la part du sieur Hébert, l'intention de disposer à cause de mort.

Le 18 janvier 1820, jugement qui, en effet, prononce la nullité de cet écrit.

Appel, et le 11 juillet de la même année, arrêt de la cour royale de Caen, qui met l'appellation au néant,

« Attendu que le Code civil ne reconnaît que deux moyens de disposer de ses biens à titre gratuit, savoir, la donation entre-vifs et le Testament; que la donation entre-vifs est définie, par l'art. 894, un acte par lequel le donateur se dépouille actuellement et irrévocablement de la chose donnée, en faveur du donataire qui l'accepte; l'art. 895 définit le Testament un acte par lequel le testateur dispose, pour le temps où il n'existera plus, de tout ou partie de ses biens, et qu'il peut révoquer ;

» Que de là il suit que, pour qu'un acte de libéralité puisse être considéré comme Testament, il est indispensable que l'auteur de cette libéralité dispose pour le temps où il ne sera plus; que l'acte de libéralité dont marie-Catherine Lefrançois réclame le bénéfice, comme acte testamentaire, est conçu en termes qui sont tous au présent; que l'auteur de l'acte ne donne pas ce qu'il délaissera ou ce qu'il possédera lors de son décès : qu'il donne ce qu'il possède actuellement ; qu'il ne dispose donc pas pour le temps où il n'existera plus, qu'ainsi, cet acte n'est pas un testament ».

Marie Catherine Lefrançois et le sieur Olivier, son mari, se pourvoient en cassation contre cet arrêt, et le dénoncent comme violant l'art. 970 du Code civil.

« Suivant cet article (disent-ils), un Testament olographe est valable, par cela seul qu'il est écrit, daté et signé de la main du testateur ; et *il n'est assujéti à aucune autre forme.* Il n'est donc pas nécessaire qu'il ait un intitulé quelconque, un préambule particulier, qu'il porte une adresse ou une suscription, que les dispositions qu'il contient soient rédigées suivant certaines formules ou protocoles, qu'elles soient plus ou moins longues, enfin que le testateur parle au futur plutôt qu'au présent ; et personne n'ignore que les dispositions testamentaires sont plus ordinairement rédigées au présent qu'au futur.

» Comment, dès-lors, ne pas trouver dans l'écrit du 31 août 1818, la réunion de toutes les conditions requises pour la validité d'un Testament olographe? Il est assurément conçu dans les termes les plus exprès; et le laconisme n'y nuit pas à la clarté.

» Inutilement, est-il dit dans l'arrêt attaqué, que le sieur Hébert n'a pas déclaré qu'il

ne donnait que pour le temps où il ne serait plus.

» D'une part, il est de l'essence du Testament de disposer pour le temps ou l'on aura cessé de vivre; cela est même écrit dans l'art. 895 du Code civil.

» D'un autre côté, cet article, non plus qu'aucun autre, n'assujétit l'acte par lequel le testateur écrit ses dernières volontés, à une énonciation sacramentelle ni même expresse; et la saine raison dit assez qu'il doit suffire que l'intention de disposer pour le temps où l'on ne sera plus, résulte, soit de la nature et des termes de la disposition, soit des circonstances qui l'ont accompagnée.

» Or, dans l'espèce, la nature de la disposition que renferme l'acte du 31 août 1818, les termes de cet acte et les circonstances qui l'ont précédé et suivi, ne peuvent se rapporter qu'au temps du décès du sieur Hébert. D'abord, le testateur a écrit l'acte en secret, pendant sa dernière maladie, quatre jours avant sa mort. C'est donc à ses derniers momens qu'il a tracé ces mots : *je donne à Marie-Catherine Lefrançois tout ce que je possède*. Sans doute, il a eu l'idée de sa fin et n'a donné tout ce qu'il possédait, que pour le temps où il aurait cessé de vivre, et où il ne pourrait plus en jouir; car il est rare qu'un homme se dépouille pendant sa vie et sans aucune espèce de réserve quelconque, de tout ce qui compose sa fortune. Aussi, au seul aspect de l'écrit, le juge de paix et le président du tribunal civil n'ont-ils pas hésité un seul instant à le considérer comme un Testament, et Marie-Catherine Lefrançois a-t-elle été envoyée en possession des biens de la succession, sans aucune difficulté, en vertu de cet acte. Le tribunal de première instance et la cour royale ont donc commis la plus grave erreur en refusant de voir dans ce même acte un Testament, sous prétexte qu'il ne contenait pas l'expression littérale que le sieur Hébert disposait pour le temps où il ne serait plus ».

Ces moyens ont d'abord fait admettre la demande en cassation de Marie-Catherine Lefrançois et de son mari; mais l'affaire portée à la section civile, il y est intervenu, le 5 février 1823, un arrêt par lequel,

« Attendu que la cour royale de Caen n'a vu dans l'acte du 31 août 1818 dont il s'agit, rien qui caractérise un Testament olographe; et qu'en jugeant que cet acte n'est pas valable comme Testament, quoiqu'il ait été écrit, daté et signé de la main de son auteur, cette cour n'a violé ni l'art. 970 du Code civil ni la disposition d'aucune autre loi.... ;

» La cour rejette le pourvoi..... ».

En rapportant cet arrêt, les auteurs du *Journal des audiences de la cour de cassation* (année 1823, page 64) observent que, si celui de la cour royale de Caen *a échappé à la cassation, comme ne renfermant qu'une interprétation d'acte, il n'est peut-être pas à l'abri d'une juste critique.*

Mais que l'on en rapproche la décision des raisons par lesquelles je l'ai justifiée dans les conclusions ci-dessus, et que l'on juge si la critique en serait juste.

Sans doute, il n'est pas de l'essence du testament olographe, que l'acte présenté comme tel, contienne l'énonciation expresse qu'il a été écrit dans l'intention de disposer à cause de mort; mais il faut du moins, et je crois l'avoir démontré, que cette intention résulte implicitement des termes dans lesquels il est conçu. Dire avec Marie-Catherine Lefrançois, et contre ce qu'avait jugé à son désavantage la cour royale de Caën, que cette intention est suffisamment manifestée par la seule circonstance que le prétendu testateur n'a survécu que peu de jours à la rédaction de son écrit, c'est fronder ouvertement la maxime établie par Voët et Menochius, aux endroits cités dans mes conclusions du 6 thermidor an 13, que toute disposition à titre gratuit qui n'a point trait à la mort du disposant, *si nulla facta est mortis mentio*, est présumée entre-vifs, même quand elle est faite *ab infirmo et ægrotante*, parce qu'alors (comme le dit la loi 42, §. 1, D. *de mortis causâ donationibus*), *qui absolutè donat, non tàm mortis causâ, quàm moriens donat.*

Qu'on ne cherche pas au reste à m'opposer l'autorité de M. Grenier, dans son *Traité des donations et des Testamens*, n° 224. En lisant avec attention ce que ce magistrat a écrit sur la question dont il s'agit, on reconnaît facilement qu'il est parfaitement d'accord avec moi.

Il commence par dire que, « pour la validité d'une disposition à cause de mort, il » n'est pas nécessaire que l'acte qui la contient, porte la mention que le disposant a » entendu faire un *Testament* » ; et c'est précisément ce que j'ai établi moi-même dans mes conclusions du 6 thermidor an 13.

A la vérité, il ajoute que, pourvu que *les formes voulues pour les Testamens, aient été observées*, l'omission du mot *Testament* dans la disposition ne le vicie pas; mais on se tromperait fort si l'on inférait de là qu'il n'exige point qu'indépendamment de l'observation des formes Testamentaires, le fond même de la disposition indique que c'est un Testament que le disposant a voulu faire; et la preuve en

est qu'il continue en ces termes : « Il faut ju-
» ger les actes par leur *substance* ; et si le dis-
» posant a fait un acte qui, *par son intention*
» *et par la nature de cet acte*, ne puisse être
» qu'un Testament, on est forcé d'y voir un
» Testament ; et il suffit qu'il soit revêtu de
» toutes les formes exigées par la loi pour un
» pareil acte ».

Il est encore vrai qu'à l'appui de sa doctrine, il cite un arrêt de la cour d'appel de Riom, du 6 mai 1809, comme jugeant *qu'une disposition* TESTAMENTAIRE *olographe était valable en quelques termes qu'elle fût conçue* ; mais remarquons bien l'expression *testamentaire* qu'il accole au mot *disposition*. Il en résulte clairement que la disposition dont il s'agissait dans l'espèce de cet arrêt, n'a été jugée valable que parcequ'elle était *testamentaire* au fond, quoiqu'elle n'énonçât pas en termes exprès qu'elle eût été faite dans l'intention de tester. Et en effet, voici comment était conçue cette disposition : « Je tiens quittes les enfans
» mineurs de défunt mon frère Julien Nozeri-
» ne, de tous mes droits, tant en revenus
» qu'autres droits, à la charge par eux de don-
» ner 1.000 livres à mon frère Jean Nozerine,
» et celle de 400 livres aux religieuses de la
» Visitation de Brioude, laquelle somme ne
» sera payée que *dans trois années à compter*
» *du jour de mon décès*, et 300 livres à Félix
» Nozerine, chanoine de Billom, et 300 livres
» à chacun des mes frères du second lit, la-
» quelle somme leur sera payée, sans retenue,
» *trois années après mon décès* : telle est ma
» volonté ». Cette disposition avait évidemment trait à la mort de la personne qui l'avait faite ; et il n'en fallait pas davantage pour la faire considérer comme un Testament olographe. Aussi l'arrêt l'a-t-il jugé tel, « attendu
» que le codicille du 12 mai 1782, enregistré à
» Brioude le 1er nivôse an 13, est revêtu de
» toutes les formes voulues pour la validité des
» dispositions à cause de mort ; qu'il énonce
» l'époque du paiement des libéralités qui y
» sont contenues, *après le décès de la dona-*
» *trice*, et que dès-lors, ladite disposition doit
» être maintenue ».

Enfin ce qui met dans tout son jour la pensée de M. Grenier, c'est le rapprochement qu'il fait de l'arrêt qu'il rapporte, avec celui de la cour d'appel d'Angers, du 8 thermidor an 12, maintenu par la cour de cassation, le 6 thermidor an 13 : « Ce qui détermina (dit-il) l'arrêt
» de la cour d'appel d'Angers, c'est que l'acte fait
» par la veuve Lyons, était conçu de manière
» qu'on ne pouvait distinguer si elle avait voulu
» faire une donation entre-vifs ou un Testa-
» ment..... Or, c'est ce qu'on ne peut dire
» dans les cas où l'on voit l'intention manifeste
» de faire une disposition à cause de mort ».

II. Voyons maintenant quelles sont les formalités extrinsèques du Testament olographe.]]

L'art. 20 de l'ordonnance de 1735 s'explique là-dessus d'une manière très-précise : « les Testamens, codicilles et dispositions à
» cause de mort (en forme olographe), seront
» entièrement écrits, datés et signés de la
» main de celui ou de celle qui les aura faits ».

[[L'art. 970 du Code civil dit la même chose : « Le Testament olographe ne sera point
» valable, s'il n'est écrit en entier, daté et sig-
» né de la main du testateur ; il n'est assu-
» jéti à aucune autre forme ».]]

III. Ces mots *entièrement écrits*, qu'on retrouve dans la plupart des coutumes qui parlent du Testament olographe, ont donné lieu à plusieurs contestations.

Un testateur avait fait, par une disposition olographe, un legs auquel il avait apposé une condition. Après sa mort, il se trouva dans l'acte, à la marge et en interligne, quelques additions d'une main étrangère, qui avaient pour objet d'éclaircir la condition du legs. Procès en nullité, sur le fondement que le Testament n'était pas *entièrement écrit* de la main du testateur.

On répondait que les additions ne disposaient pas et ne faisaient qu'éclaircir une disposition déjà faite, et l'on n'allait pas jusqu'à prétendre que le tiers qui les avait écrites, les eût glissées dans l'acte à l'insçu du testateur.

Par arrêt du 8 mars 1622, rapporté dans le recueil d'Auzanet, chap. 48, le parlement de Paris fit délivrance du legs.

Il est à croire que la faveur du légataire a beaucoup influé sur cet arrêt ; car en thèse générale, il est certain que le mélange d'une écriture étrangère avec celle du testateur qui y a donné les mains, ou en a seulement eu connaissance, emporte nullité. C'est ce qu'ont jugé deux autres arrêts de la même cour : le premier, du mois de mars 1640, rapporté par le même auteur, sur la coutume de Paris, art. 289 ; le second, du 4 septembre 1677, qui se trouve dans le *Journal du Palais*, et dont voici l'espèce.

Marguerite Sezille, demeurante à Noyon, fait un Testament olographe qui ne contient que des legs pieux et modiques, mais indépendamment de ce qu'elle le rature en plusieurs endroits, sans approbation, [[circonstance indifférente, comme on le verra, ci-après, no 5]], elle permet à une main étrangère de le charger, à la marge, d'apostil-

les, qui ajoutent quelques mots oubliés, et ne font que corriger l'expression. Cependant elle le confirme en termes généraux par un codicille qu'elle fait ensuite.

Et elle meurt plusieurs années après.

Sur la demande en délivrance des legs, sentence contradictoire des requêtes de l'hôtel, qui déclare le Testament nul.

Appel au parlement; et le procès distribué à la cinquième chambre des enquêtes, arrêt confirmatif.

On employait deux moyens pour les héritiers.

On disait d'abord, avec offre de le prouver par témoins, que la testatrice avait mis son Testament, tout raturé et chargé d'apostilles, entre les mains d'un notaire, pour en faire un Testament solennel, dont la mort avait prévenu la rédaction; et l'on concluait de là qu'elle n'avait pas voulu que son Testament subsistât dans la forme qu'elle lui avait donnée elle-même. Mais, d'une part, ce raisonnement reposait sur un fait dont la preuve testimoniale était évidemment inadmissible; de l'autre, il n'était encore, même en supposant ce fait, qu'une mauvaise subtilité; [[et c'est ce que j'établirai ci-après, art. 4.]]

Le second moyen était plus solide: il consistait à dire que le Testament dont il s'agissait, n'était ni olographe ni solennel; qu'il n'était point olographe, puisqu'il ne se trouvait pas *entièrement écrit* de la main de la testatrice; qu'il n'était pas non plus solennel, puisqu'il n'était signé ni de notaires, ni de témoins, qu'ainsi, il ne pouvait être valable sous aucun aspect.

Denisart fait mention d'un arrêt de 1746 ou 1747, qui est également fondé sur le principe que le mélange d'une écriture étrangère avec celle du testateur emporte nullité:

« Un testateur (dit-il), faisant recevoir son Testament par deux notaires, demanda une plume avant de le finir, et il écrivit un legs en faveur de l'un des deux notaires.

» On attaqua le Testament, et on le soutint nul, parcequ'il était partie olographe, partie devant notaires.

» Les légataires répondaient qu'on ne pouvait pas se prévaloir de la clause olographe, qu'elle était nulle, qu'elle devait être mise au rang des clauses qui sont vicieuses, et qui ne communiquent pas leur vice à l'acte; qu'il fallait seulement l'écarter; et qu'alors le Testament se trouverait fait d'un même contexte. Le notaire avait renoncé à son legs.

» Malgré ces raisons, le Testament fut déclaré nul ».

Il a été rendu au parlement de Flandre, un arrêt qui juge quelque chose de semblable. Le sieur Goulart, après avoir fait en Hainaut un Testament olographe, avait appelé deux témoins pour certifier sa signature; et dans la crainte qu'on n'altérât ses dispositions, il en avait signé et paraphé toutes les pages conjointement avec ses deux témoins. Après sa mort, il s'éleva une contestation sur ce Testament. Les héritiers le soutenaient nul, par le mélange de formes étrangères à la nature des Testamens olographes; et il fut déclaré tel, de toutes voix, par arrêt du 18 janvier 1766, au rapport de M. de Sars de Curgies, à la première chambre, après partage dans la troisième.

[[III. J'ai dit au n° précédent que, pour que le mélange d'une écriture étrangère avec celle du testateur, emporte la nullité du Testament olographe, il faut que le testateur y ait donné les mains, ou du moins en ait eu connaissance. Autrement, en effet, comme le dit fort bien M. Toullier, liv. 3, tit. 2, chap. 5, n° 358, « il serait au pouvoir d'un tiers, » entre les mains de qui le Testament serait » tombé, de l'annuler en y inscrivant quelque » interligne ».]]

" IV. Comme la condition exprimée par les termes de l'ordonnance, *entièrement écrit*, doit-elle être remplie dans les Testamens conjonctifs? *V.* ci-dessus, §. 3, art. 4, n° 4.

[[V. Le défaut d'approbation des renvois, des interlignes et des ratures qui se trouvent dans un Testament olographe, en emporte-t-il la nullité?

J'ai établi dans des conclusions du 11 juin 1810, et la cour de cassation a jugé par un arrêt du même jour, comme on peut le voir dans mon *Recueil de Questions de droit*, au mot *Testament*, §. 16, que des mots surchargés dans un Testament olographe, ne doivent pas être considérés comme non écrits, par cela seul que le testateur n'en a pas approuvé la surcharge. Il en est donc de même des renvois, des interlignes et des ratures; et tel est encore l'avis de M. Toullier, à l'endroit cité.]]

VI. La manière dont les Testamens olographes doivent être datés et signés, donne lieu à diverses questions.

Il y en a plusieurs qui sont traitées ci-dessus, §. 1, art. 6, n°s 4, 5, 6 et 8, et à l'article *Signature*, §. 3, en voici d'autres.

1° Un Testament olographe dont la date ne serait placée qu'après la signature, serait-il valable?

2° Lorsqu'un Testament olographe contient plusieurs dispositions écrites à la suite les

unes des autres, à des jours différens, suffit-il, pour la validité de toutes, qu'elles soient datées du jour où le testateur a écrit la dernière?

3° Lorsque, dans le papier contenant des dispositions olographes terminées par la date que le testateur y a apposée et par sa signature, se trouvent intercalés quelques mots portant sa signature et une date postérieure à sa mort, résulte-t-il de là une incertitude sur la vraie date de ces dispositions, et doivent-elles en conséquence être déclarées nulles?

Voici une espèce qui m'a fourni l'occasion de m'expliquer sur ces trois questions, mais n'a amené de décision positive que sur la seconde et la troisième.

Le 7 juillet 1810, décès de la demoiselle Beaudoin de Gonzeville, dans son domicile à Magny, département de Seine et Oise.

Sous ses scellés se trouve une liasse de papiers dont l'enveloppe contient ces mots : « Ceci est mon Testament et dernière volonté, par lequel je révoque tous autres écrits » signés de ma main ; j'en confie l'exécution à » M. Hua, notaire à Paris ; il m'a promis d'y » apporter tous ses soins, par sa lettre du 7 » décembre 1808, qui est jointe au présent » Testament, dont je lui remettrai un double » aux mains. A Magny, le 27 décembre 1808. » *Signé* Catherine-Françoise Beaudoin de » Gonzeville ».

Suit une feuille dans laquelle on lit : « Ecrit » dont il est essentiel de prendre lecture. Je » le commence par la protestation la plus formelle contre tout écrit de ma main, en forme de Testament, hors celui dont j'ai confié l'exécution à M. Hua, en date du 20 » décembre 1808 ; mais la difficulté que j'ai » pour écrire, m'oblige de ne pouvoir lui en » donner un double, comme j'avait toujours » été mon intention. C'est pourquoi on voit » au bas dudit Testament : *fait double à* » *Magny, le* 20 *décembre* 1808. Est joint et » écrit de suite, audit testament, un codicille » en date du 12 *octobre* 1809. J'en donne » l'exécution également à M. Hua... *Signé* » Catherine-Françoise Beaudoin de Gonzeville. A Magny, département de Seine et » Oise, arrondissement de Mantes, ce 20 février 1810 ».

Paraît ensuite le testament annoncé par l'enveloppe et par la feuille qui le précède. Il contient beaucoup de legs plus ou moins considérables, et la nomination de l'exécuteur testamentaire : après quoi, la testatrice signe *Catherine Beaudoin de Gonzeville ;* et au-dessous de sa signature, elle ajoute : *à Magny, département de Seine et Oise, le* 19 *décembre* 1808. Puis, sans intervalle : « j'ajoute, persuadée que les articles portés dans » mon *présent Testament*, pour être pris » sur mon mobilier, ne peuvent, à beaucoup » près, l'absorber.... Le tout fait double à » Magny, le 20 décembre 1808. *Signé* Catherine-Françoise Beaudoin de Gonzeville ».

Enfin, se trouve un codicille portant en tête la date du 12 octobre 1809, et dont l'avant-dernière page est terminée, tout en bas, par une disposition à la suite de laquelle est un alinéa ainsi conçu : « Catherine-Françoise » Beaudoin de Gonzeville. A Magny, département de Seine et Oise, le 12 juillet 1810 ».

Puis viennent, à la page suivante, d'autres dispositions qui sont ainsi terminées : « A » Magny, département de Seine et Oise, le » 12 octobre 1809. *Signé* Catherine-Françoise » Beaudoin de Gonzeville ».

Les légataires particuliers forment leur demande en délivrance, tant contre le sieur de Bailleuil, héritier de la ligne paternelle, que contre la dame de Longarmay, héritière de la ligne maternelle.

Le 5 février 1811, jugement par défaut du tribunal de première instance de Mantes, qui leur adjuge cette demande.

Les héritiers forment opposition à ce jugement ; et le 23 mars suivant, jugement contradictoire ainsi conçu :

« 1° Les premières dispositions du Testament de la demoiselle de Gonzeville, signées de la testatrice, avec traits et paraphes au-dessus, et une date subséquente ainsi conçue : *à Magny, département de Seine et Oise, le* 19 *décembre* 1808 ; et celles qui suivent immédiatement après cette date, et qui sont datées ainsi, *le tout fait double à Magny, le* 20 *décembre* 1808, signées, ne présentent-elles ensemble qu'un seul Testament, ou en forment-elles deux distincts et séparés?

» 2° Lesdites premières dispositions, jusqu'à la signature qui précède la date du 19 décembre, sont-elles révoquées par le codicille du 20 février 1810?

» 3° La date du 12 juillet 1810, apposée au bas d'une page du codicille du 12 octobre 1809, peut-elle opérer un moyen de nullité?

» Considérant, sur la première question, que l'art. 970 du Code civil, en déclarant que le Testament olographe ne sera point valable s'il n'est écrit en entier, daté et signé de la main du testateur, n'a entendu et pu entendre assujétir à ces formalités qu'un Testament accompli et terminé, et non les descriptions par suite dont il est composé ; que celui de la demoiselle de Gonzeville est divisé en deux parties écrites de sa main, l'une signée avec quelque traits de plume au-dessus de la signa-

ture, et datée ensuite du 19 décembre 1808, contenant différens legs, et la nomination de Me Hua, pour son exécuteur testamentaire; l'autre, qu'elle a faite immédiatement, et qui est datée à la fin, du lendemain 20, avec la signature au-dessus; que, par cette dernière, la demoiselle de Gonzeville commence et s'exprime ainsi: *j'ajoute, persuadée que les articles portés dans mon présent Testament, pour être pris sur mon mobilier, ne peuvent, à beaucoup près, l'absorber.....; je demande donc que, les legs que porte mon Testament prélevés, ce qui en restera soit distribué à chacun de mes légataires, à proportion des legs qu'ils recevront pour leur aider à payer les frais qu'il leur en coûtera; le tout fait double;* que ces expressions: *j'ajoute, mon présent Testament, ces legs y prélevés, et le surplus distribué à chacun de mes légataires, le tout fait sans autres dispositions ni dérogations*, sont une preuve non équivoque que cette addition ne fait avec la partie qui la précède, qu'un seul et même Testament dont elle forme le complément; que la testatrice a pu le commencer dans un jour, et le parachever dans un autre; que l'apposition de la date, après la signature, pouvait donner lieu à la question de savoir si elle opérerait la nullité dans un Testament entier et isolé (1); mais qu'elle ne peut produire cet effet dans l'espèce où il ne s'agit que de dispositions partielles et préliminaires dont la date et la signature étaient surabondantes; que peu importe, par conséquent, que la date du 19 ait été apposée avant ou après la signature, que l'une et l'autre soient séparées par des traits de plume ou paraphes, et que cette date appartienne à la première partie ou à la seconde; qu'il suffit que cette dernière soit revêtue, comme elle l'est, de toutes les formalités, pour rendre le tout valable;

» Considérant, sur la seconde question, que la demoiselle de Gonzeville, par son codicille du 20 février 1810, dont la date est également après la signature, en protestant contre tout écrit de sa main, en forme de Testament, ajoute: *hors celui dont j'ai confié l'exécution à M. Hua, en date du 20 décembre* 1808, *auquel* (continue-t-elle plus bas) *est joint et écrit de suite un codicille en date du 12 octobre* 1809, *dont je donne également l'exécution à M. Hua, à qui je recommande expressément ce qui se trouvera dans ma cassette, où sont positivement mes dernières volontés;* qu'il est manifeste que la demoiselle de Gonzeville, en s'exprimant ainsi, loin d'avoir révoqué les dispositions du 19 décembre, les a au contraire maintenues en rappelant et confirmant la nomination qu'elle avait faite de M. Hua, non par ses dispositions du 20, mais par celles de la veille, du 19 août, que les legs y portés en faveur des mêmes légataires du surplus de son mobilier, et enfin, en recommandant ce qui se trouvera dans sa cassette où sont positivement ses dernières volontés, et où se sont trouvées remises effectivement les dispositions des 19 et 20 décembre, sous la même enveloppe, datées et signées du 27 décembre 1808: *ceci est mon Testament et dernières volontés, dont je confie l'exécution à M. Hua;* que, si la demoiselle de Gonzeville a indiqué son Testament sous la date du 20 seulement, c'est qu'elle a regardé et dû regarder cette date comme en étant l'accomplissement, et celle du 19 comme en dépendant et faisant partie; qu'elles ont en effet, une telle connexité, qu'elles ne peuvent être séparées et désunies sans rendre à la fois l'une et l'autre sans effet, et sans impliquer contradiction; que, loin de les révoquer, son intention bien prononcée a été de les maintenir dans toute leur intégrité;

» Considérant, sur la troisième question, que la date du 12 juillet 1810 est absolument étrangère au codicille qui se trouve daté au commencement et à la fin, du 12 octobre 1809;

» Le tribunal, sans avoir égard à l'opposition, ordonne que le jugement du 5 février dernier sera exécuté selon sa forme et teneur ».

Appel de ce jugement. Mais, par arrêt du 13 août 1811, la cour de Paris, « adoptant les » motifs des premiers juges, met l'appellation » au néant ».

Les héritiers se pourvoient en cassation contre cet arrêt.

« Deux moyens de cassation (ai-je dit à l'audience de la section des requêtes, le 6 mai 1812) vous sont proposés dans cette affaire. Mais ils se réduisent véritablement à un

(1) Il est bien évident que ce jugement ne fait ici qu'indiquer la question qui pourrait s'élever dans l'hypothèse qu'il suppose, et qu'il ne la décide pas. Comment donc M. Sirey a-t-il pu, dans sa *jurisprudence de la cour de cassation*, tome 13, partie 2, page 332, présenter l'arrêt qui a confirmé ce jugement par les motifs qui y sont exprimés, comme décidant qu'*il n'est pas nécessaire, à peine de nullité, que la date du Testament olographe précède la signature*, et qu'*elle peut ne venir qu'après?* Et comment les rédacteurs du *journal des audiences de la cour de cassation* (année 1822, Supplément, page 176) ont-ils pu répéter la même chose?

seul, lequel consiste à dire qu'en déclarant valables les parties du Testament et du codicille de la demoiselle de Gonzeville, qui ne sont datées qu'après la signature de la testatrice, la cour d'appel de Paris a violé les art. 970 et 1001 du Code civil.

» Ce moyen serait, quant au Testament, digne de toute votre attention, si le Testament pouvait être considéré comme absolument clos et parfait à l'endroit où il se trouve d'abord signé, ensuite daté par la testatrice.

» Dans cette supposition, en effet; on pourrait dire que c'est le testateur qui doit lui-même certifier par sa signature, non-seulement qu'il a écrit son Testament de sa propre main, mais encore qu'il l'a daté lui-même; qu'il faut par conséquent, qu'il ne signe son Testament qu'après l'avoir écrit et daté; et que, s'il le signe avant de le dater, il fait un acte nul, comme il ferait un acte nul, s'il le signait avant de l'écrire.

» Mais que deviendra ce moyen, si vous considérez qu'après avoir signé son Testament, et l'avoir daté du 19 décembre 1808, la demoiselle de Gonzeville, écrivant le lendemain sur la même page, et sans intervalle, a dit: J'AJOUTE *à mon* PRÉSENT *Testament* telle disposition; *le* TOUT *fait double*; et que cette addition, elle l'a d'abord datée du 20 décembre 1808, puis signée?

» En disant *j'ajoute*, la demoiselle de Gonzeville a clairement fait entendre qu'elle n'avait pas achevé son Testament la veille. En disant *à mon présent Testament*, elle a clairement fait entendre que le Testament auquel elle faisait une addition, était celui-là même qu'elle avait déjà signé, et qu'elle n'avait daté qu'après l'avoir signé. En disant *le* TOUT *fait double*, elle a clairement fait entendre que ce qu'elle venait d'écrire et ce qu'elle avait écrit la veille, ne composaient, dans sa pensée, qu'un seul et même acte.

» Or, si la demoiselle de Gonzeville n'avait pas daté, le 19 décembre 1808, ce qu'elle avait écrit, ce jour-là même, dans cet acte, ce qu'elle avait écrit ce jour-là même ne serait-il pas suffisamment validé par la date qui se trouve apposée, après sa signature, au bas de ce qu'elle y a écrit le lendemain?

» Comment ne le serait-il pas? En exigeant que le Testament olographe soit écrit, daté et signé par le testateur, la loi n'exige pas que le testateur écrive, date et signe le même jour, toutes les dispositions dont se compose le Testament; et si elle ne l'exige pas, il faut nécessairement reconnaître qu'elle lui permet d'écrire aujourd'hui une disposition, d'en écrire demain une autre, d'en écrire après-demain une troisième; et de ne dater, de ne signer le Testament que le jour où il le termine.

» La demoiselle de Gonzeville pouvait donc ne pas signer et dater, le 19 décembre 1808, la partie de son Testament qu'elle avait écrite ce jour-là. Elle pouvoit donc se borner à dater et signer ce qu'elle y a ajouté le lendemain. Elle serait donc censée avoir, en datant et signant ce qu'elle y a ajouté le lendemain, daté et signé ce qu'elle avait écrit la veille.

» Mais, dès-lors, comment ne pas convenir de la validité de ce qu'elle avait écrit la veille?

» C'est, dit-on, parcequ'en signant et datant de la veille ce qu'elle avait écrit la veille même, elle avait manifesté, dès la veille, l'intention de terminer, ce jour-là, son Testament: c'est que son Testament avait reçu, ce jour-là, toute la perfection qu'elle voulait lui donner, c'est par conséquent que, ce jour-là, son Testament s'est trouvé frappé de nullité.

» Admettons qu'en effet son Testament eût été nul, si elle l'eût laissé dans l'état où il était le 19 décembre 1808. Mais il eût été nul aussi, dans le cas où, le 19 décembre 1808, elle ne l'eût point signé. Or, cette nullité, n'aurait-elle pas pu la réparer le lendemain? N'aurait-elle pas pu, le lendemain, y apposer sa signature après l'avoir daté? N'aurait-elle pas pu le dater et le signer en ces termes: *j'ai écrit hier ce qui précède; fait à Magny, le 20 décembre* 1808?

» Eh bien! Qu'a-t-elle fait autre chose? En laissant subsister la date du 19 décembre 1808 au bas de ce qu'elle avait écrit ce jour-là, et en ajoutant à ce qu'elle avait écrit le lendemain, la date du lendemain même, n'est-elle pas censée avoir dit: *j'ai écrit hier ce qui précède la disposition que je viens d'écrire*? Et si elle l'eût dit réellement, qu'aurait-on à opposer?

» Nous n'en dirons pas davantage sur cette partie de la cause: où l'évidence paraît dans tout son éclat, les détails sont inutiles.

» A l'égard du codicille du 12 octobre 1809, les demandeurs conviennent qu'il est daté en tête et à la fin; ils conviennent que, dans ce codicille, la signature de la testatrice est après la double date qu'il porte; ils conviennent par conséquent, qu'à cet égard, il est parfaitement régulier.

» Mais ils ont prétendu le faire annuler, sur le fondement qu'au bas de l'avant-dernière page de ce codicille, se trouve la signature de la demoiselle de Gonzeville, suivie de ces mots: *à Magny, département de Seine et Oise, ce 12 juillet* 1810, époque où la demoiselle de Gonzeville était morte depuis cinq jours.

» Par quelle singularité cette signature et cette date se trouvent-elles dans cette partie

du codicille? La demoiselle de Gonzeville les avait-elle, à l'avance, destinées à une quittance, à un écrit quelconque, qu'elle s'était proposé de remplir par la suite? Et si telle est effectivement la destination qu'elle leur avait donnée comment a-t-elle pu intercaler une feuille ainsi datée et signée en blanc, dans le cahier qui compose son Testament et son codicille?

» A ces questions, on ne peut répondre que par des conjectures. Mais une chose que l'arrêt attaqué déclare constante, en adoptant les motifs des premiers juges, c'est *que la date du 12 juillet* 1810 est absolument étrangère *au codicille qui se trouve daté au commencement et à la fin, du 12 octobre* 1809; et il n'en faut pas davantage pour imposer silence aux demandeurs en cassation; car c'est déclarer, en d'autres termes, que la date du 12 juillet 1810 n'est que le produit d'un accident; c'est juger une pure question de fait; et le jugement d'une question de fait est essentiellement à l'abri de toute censure, de la part de la cour.

» Par ces considérations, nous estimons qu'il y a lieu de rejeter la requête des demandeurs, et de les condamner à l'amende».

Sur ces conclusions, arrêt du 6 mai 1812, au rapport de M. Vergès, par lequel,

« Considérant, sur le premier moyen, qu'en déclarant que les premières dispositions du Testament olographe de la demoiselle de Gonzeville, signées et datées du 19 décembre 1808, étaient unies avec les dispositions suivantes, datées du 20 du même mois, par des expressions précises et formelles, et ne formaient, sous ce rapport, qu'un seul et unique Testament, la cour dont l'arrêt est attaqué, a fait une juste appréciation de la totalité de ces dispositions.

» Sur le second moyen, que les dispositions du 29 décembre 1808 ont été datées et signées; que par conséquent le vœu de l'art. 970 du Code civil a été parfaitement rempli; enfin, que le codicille du 12 octobre 1809 a été aussi daté, tant au commencement qu'à la fin;

» Que la cour dont l'arrêt est attaqué a justement induit de cette circonstance que la date du 12 juillet 1810, qu'on trouve dans une autre partie du codicille, était totalement étrangère à cet acte;

» La cour rejette le pourvoi... ».

Cet arrêt ne s'est pas expliqué, parcequ'il n'y avait pas lieu de le faire, dans l'espèce qu'il avait pour objet, sur la question de savoir si un testament olographe dont la date ne se trouve qu'après la signature, est valable. Mais comment cette question doit-elle être résolue?

J'ai fait entendre dans mes conclusions qu'en pareil cas, le Testament devait être annulé.

C'est aussi l'opinion de M. Toullier. Après avoir dit, dans son *Droit civil français*, liv. 3, tit. 2, chap. 5, n° 375, « qu'il est nécessaire que les dispositions du testament (olographe) soient terminées par la signature du testateur », il ajoute: « il serait même à craindre que le Testament fût déclaré nul, si la signature précédait la date; car l'acte étant terminé par la signature, il se trouverait sans date. L'art. 970 dit que le testament doit être écrit, *daté et signé*: la signature ne doit donc pas précéder la date. En un mot, tout ce qui est après la signature, n'est pas censé être dans l'acte ».

Cette opinion est d'ailleurs confirmée par l'arrêt de la cour d'appel de Liége, du 22 février 1812, que je rapporte à l'article *Signature*, §. 3, art. 5, n° 1.

Dans l'espèce sur laquelle a été rendu cet arrêt, les héritiers *ab intestat* de Michel-François Falla ne se bornaient pas à attaquer le Testament de celui-ci, par le défaut de signature détachée du corps de l'acte; ils soutenaient encore que ce Testament était nul, par cela seul que la date n'en était placée qu'après les mots que le légataire universel prétendait faire passer pour une signature proprement dite, et qu'ainsi, elle se trouvait *sans attestation*.

Le légataire universel répondait que « la signature et la date étaient d'un même contexte; qu'en même temps que le testateur avait déclaré avoir signé, il avait ajouté que c'était le 20 décembre 1809; que, dans les lettres et autres écritures, la date est souvent placée après la signature; et que cependant, quand elle est de la même main, on ne s'avise pas de contester la réalité de la date; et qu'on peut beaucoup moins en douter, quand elle suit sans intervalle la signature du testateur ».

Mais par l'arrêt cité, la cour d'appel de Liége, en confirmant par le même motif que les premiers juges, la décision par laquelle le Testament avait été annulé, a ajouté un autre motif ainsi conçu: « attendu d'ailleurs qu'en prenant les mots *Michel-François Falla* pour la véritable signature de l'acte dont il s'agit, il ne faudrait pas moins en prononcer la nullité pour le défaut de date; car cette formalité étant également requise à peine de nullité, il faut que la date se trouve dans le corps de l'acte, et qu'elle soit attestée, comme le reste de la disposition, par la signature qui doit compléter le Testa-

» ment et lui donner la sanction nécessaire » pour le rendre parfait ».

Il est vrai que, depuis, et par un arrêt du 23 juin 1823, rapporté dans les *Annales de jurisprudence* de M. Sanfourche-Laporte (année 1823, tome 2. page 236), la même cour a déclaré valable le Testament olographe de Lambert-Joseph Termonia, attaqué sur le fondement que la signature et la date en étaient ainsi conçues; *Termonia, ce 15 avril 1821, dans mon appartement situé à....*; et qu'elle s'y est déterminée,

« Attendu qu'il est reconnu par toutes les parties en cause que le Testament de Lambert-Joseph Termonia est écrit en entier, daté et signé de sa main, ce qui constitue le Testament olographe, lequel n'est assujéti à aucune forme, aux termes de l'art. 970 du Code civil;

» Attendu que la date de cet acte est aussi clairement déterminée, étant écrite immédiatement après la signature et d'un même contexte, que si elle était immédiatement avant la signature »;

Il est vrai aussi que la même question s'étant présentée à la cour royale de Besançon au sujet du Testament olographe du sieur Delelée, dont la date était placée, non au dessus de la signature, mais à gauche, un peu au dessous, et à la hauteur du paraphe, il est intervenu, *après partage*, un arrêt du 7 février 1823 par lequel ce Testament a été jugé valable,

« Attendu que le testateur, après avoir fait, par une seule disposition, le legs universel et par préciput à sa mère, déclare que sa disposition est écrite, datée et signée de sa main, puis il la date et la signe en plaçant cette date à gauche de la signature, à la hauteur, non des lettres composant sa signature, mais du paraphe et sur la même ligne; qu'il résulte de l'examen du Testament *mis sous les yeux de la cour* que cette date a été écrite de la même plume, de la même main, sans intervalle de temps et aussitôt après la signature;

» Que la date exigée dans le cas où il y a plusieurs Testamens, pour reconnaître le dernier et pour savoir si le testateur avait l'âge et la capacité de tester, ou la liberté d'esprit et de raison nécessaire pour disposer de ses biens, n'a jamais fait considérer comme omission de date entraînant nullité, la position de la date après la signature, parceque les dates qui, comme dans l'espèce de la cause, ne peuvent pas être rapportées à d'autres dispositions, ont une corrélation nécessaire avec les dispositions testamentaires placées au dessus; d'où il suit que la loi n'ayant pas indiqué la place où, à peine de nullité, serait mise la date, mais ayant seulement voulu qu'il ne pût pas y avoir de doute sur son existence, le vœu de la loi a été rempli ».

Il est vrai encore que cet arrêt a été vainement attaqué par les héritiers *ab intestat* du sieur Delelée, et qu'il a été maintenu par la section des requêtes, le 9 mai 1825, au rapport de M. Poriquet et sur les conclusions de M. Cahier,

« Attendu qu'ayant reconnu, par l'examen qu'elle a déclaré en avoir fait, que le Testament olographe du sieur Delelée, en date du 3 mai 1816, ne contenait pas d'autre disposition que le legs à titre universel fait à la dame sa mère, que cette disposition était suivie de la signature du testateur qui en faisait le complément, et que ce même testament était en entier écrit, daté et signé de la main du testateur; qu'ainsi, toutes les formalités exigées par l'art. 970 du code civil, auraient été remplies.;

» Attendu que la cour royale, en déclarant, par ces motifs, le Testament du 3 mai 1816, régulier et valable, loin d'avoir violé les art. 970 et 1001 du code civil, en a fait une juste application (1) »

Il est vrai enfin qu'il existe, en faveur de la même opinion, un arrêt de la cour royale de Bordeaux, du 12 janvier 1825, dont les motifs sont

« Que, par l'art. 970 du code civil, le législateur a voulu qu'il suffit pour qu'un Testament olographe fût valable, qu'il fût écrit en entier, daté et signé de la main du testateur, et que le Testament olographe ne fût assujéti à aucune autre forme;

» Qu'en fait, étant convenu que le Testament olographe de la dame Alezais, veuve Dupuy, a été écrit en entier, signé et daté de sa main, il est évident qu'il se compose de tous les élémens substantiels déterminés par la loi pour sa validité;

» Qu'il importe peu que la date se trouve immédiatement après la signature ou au dessus de la signature, puisque, d'après la loi, le testament olographe qui est entièrement écrit, daté et signé de la main du testateur, n'est sujet à aucune forme sacramentelle de rédaction;

» Que les cours et tribunaux ne peuvent admettre les nullités proposées contre les Testamens et actes, que dans les cas déterminés par la loi; qu'accueillir la nullité proposée contre le Testament olographe de la dame

(1) Jurisprudence de la cour de cassation, année 1825, page 198.

Alezais, veuve Dupuy, fondée sur ce que la date de ce testament y a été mise par la testatrice au dessous de sa signature, ce serait créer une nullité pour un cas auquel le législateur n'a pas voulu attacher cette peine (1) ».

Mais je n'en crois pas moins devoir persister dans ma première résolution, et voici les raisons qui m'y déterminent.

Il ne suffit pas pour la validité d'un Testament olographe, qu'il soit écrit et signé de la main du testateur, il faut encore que le testateur le date, et qu'il le date d'une manière qui constate légalement, après sa mort, quelle est l'époque à laquelle il l'a fait.

Or, comment le testateur peut-il constater légalement cette époque? Par sa signature, par sa seule signature; il faut donc qu'il le signe après l'avoir daté.

Cela résulte, non seulement de l'ordre dans lequel l'art. 970 du code civil prescrit les formalités constitutives du testament olographe, *écrit, daté et signé de la main du testateur*, mais encore de la nature même des choses.

Le Testament olographe se compose essentiellement de trois formalités, l'écriture des dispositions qu'il renferme; la date de ces dispositions et la signature. Que de ces trois formalités, les deux premières soient observées l'une avant l'autre, cela est indifférent. Mais l'observation de la troisième doit nécessairement suivre l'observation des deux premières, parceque ce n'est que par sa signature que le testateur peut certifier qu'il a rempli les deux premières avec l'intention de faire un Testament. Tant que le testateur n'a pas signé, il n'y a qu'un commencement de Testament. Le Testament ne reçoit le complément de son existence, que par la signature du testateur: il faut donc que la signature du testateur le termine.

Que dirait-on d'un testament olographe qui commencerait par la signature du testateur et ne serait pas terminé par cette signature répétée? Très-certainement on le déclarerait nul, et pourquoi? Parceque la signature du testateur est destinée à constater que tout ce dont se compose le Testament, est l'ouvrage du testateur lui-même, et que le testateur l'a fait à l'époque qui y est indiquée. Or, cette grande règle, ne s'applique pas moins au Testament dont les dispositions et la date suivent la signature du testateur, qu'au Testament dont la date seule est précédée par cette même signature.

Ce n'est pas tout. Oserait on juger valable un testament notarié dont la date ne se trouverait qu'après la signature du notaire, quand même l'une et l'autre se suivraient immédiatement et ne formeraient ensemble qu'un même contexte? Non assurément. Or, quelle différence y a-t-il, entre les dispositions de la loi du 25 ventôse an 11 concernant la date et la signature du testament notarié, et celles de l'art. 970 du code civil concernant la date et la signature du testament olographe? Aucune.

Si l'art. 970 du code civil veut que le testament olographe ne soit valable, qu'autant qu'il sera daté de la main du testateur, l'art. 12 de la loi du 25 ventôse an 11 veut aussi que tout acte notarié soit daté par le notaire et il le veut sous la peine de nullité prononcée par l'art. 68 de la même loi.

Si l'art. 970 du code civil oblige le testateur de signer le testament qu'il fait en forme olographe, et s'il l'avertit en termes exprès qu'à défaut de sa signature, son testament ne sera pas *valable*, l'art. 14 de la loi du 25 ventôse an 11 oblige aussi le notaire de signer tous les actes qu'il reçoit, et il l'y oblige aussi sous peine de nullité;

Enfin, si la nécessité de placer la date avant la signature, n'est pas écrite impérativement et sous peine de nullité dans l'art. 970 du code civil par rapport aux testamens olographes, elle ne l'est pas davantage, soit dans les art. 12 et 14, soit dans toute autre disposition de la loi du 25 ventôse an 11, par rapport aux actes notariés; mais comme elle est, par rapport à ceux-ci, d'après la seule nature des choses, la conséquence de ce que, dans la loi du 25 ventôse an 11, la disposition qui prescrit la date, précède la disposition qui prescrit la signature, il faut bien aussi qu'elle soit, par rapport à ceux-là, le corollaire de la circonstance que le mot *daté* précède le mot *signé* dans l'art. 970 du code civil.

Eh! Quel serait, s'il en était autrement, le moyen de constater légalement que le testament olographe d'un individu qui, après avoir été incapable de disposer à cause de mort, en serait devenu capable peu de temps avant son décès, a été fait à une époque où la capacité était acquise? Quel serait le moyen de constater légalement que le testateur ne l'avait pas écrit et signé avant cette époque, et qu'il ne l'a daté qu'après? Serait-ce la ressemblance d'écriture et d'encre? Non certainement; une telle ressemblance peut bien former un indice, mais non pas une preuve légale. Si un notaire ne datait un acte qu'à la suite de sa signature, on aurait beau dire que la date et la signature sont écrites de la même

(1) Journal des audiences de la cour de cassation, année 1826, partie 2, page 96.

main, de la même encre, et que, dès-lors, on doit présumer que l'une et l'autre ont été écrites d'un même contexte, l'acte n'en serait pas moins déclaré nul; et encore une fois, point de différence à cet égard entre un acte notarié et un testament olographe.

VII. J'ai dit dans les conclusions du 6 mai 1812, rapportées au n° précédent, qu'en exigeant que le testament olographe soit écrit, daté et signé par le testateur, la loi n'exige pas que le testateur écrive, date et signe, le même jour; toutes les dispositions du testament; et que, si elle ne l'exige pas, il faut nécessairement reconnaître qu'elle lui permet d'écrire aujourd'hui une disposition, d'en écrire demain une autre, d'en écrire après-demain une troisième, et de ne dater, de ne signer le testament que le jour où il le termine.

Il ne peut, en effet, y avoir aucune difficulté là-dessus, lorsque le testateur a purement et simplement apposé la date à la fin de la dernière de ses dispositions et avant sa signature.

Mais si, en apposant une date à la fin de la dernière de ses dispositions, il avait formellement déclaré qu'il n'entendait dater que cette disposition même, que deviendraient les dispositions précédentes?

Elles seraient nulles; et cependant s'il se trouvait dans l'acte quelques expressions qui fissent présumer que l'intention du testateur n'était pas d'exclure les dispositions précédentes de la date qu'il a déclarée apposer à la dernière, elle devraient toutes recevoir leur exécution.

C'est ce qui résulte de la combinaison de deux arrêts rendus successivement, par la cour de cassation, dans l'espèce suivante.

Après la mort du sieur Le Bégue de Majainville, arrivée à Metz en 1803, on trouve sous les scellés un Testament olographe daté du 11 avril 1795, époque où la ville de Metz était régie par une coutume qui autorisait expressément cette manière de tester, en l'assujétissant, tit 8, art. 2, aux mêmes formalités que l'art. 970 du Code civil.

A la suite de ce Testament et sur le même papier, sont neuf dispositions dont quelques unes prouvent évidemment par leur objet, qu'elles sont toutes postérieures à l'année 1795; mais il n'y en a de signées que les sept premières, dont aucune d'ailleurs n'est datée. La huitième qui ne porte ni date, ni signature, contient, en faveur de plusieurs personnes désignées, un legs de quelques billets de la *caisse Lafrage*. La neuvième règle, entre les légataires de ces billets, le mode de leur jouissance; et elle est ainsi terminée : « je date ces » derniers articles de mon présent Testament » et, *concernant mon don de mes billets La-* » *farge après moi*, du 1er jour complémen- » taire, l'an 9 républicain (18 septembre 1801, » vieux style). Signé *Le Bégue de Majain-* » *ville* ».

Le tout est sous une enveloppe cachetée, sur laquelle sont écrits ces mots : *ceci est l'acte de mes dernières volontés*. Signé *Majainville*.

Nulle difficulté de la part des héritiers *ab intestat*, soit sur le Testament du 11 avril 1795, soit sur les deux dernières des neuf dispositions que le testateur y a ajoutées depuis; mais ils prétendent que les sept premières sont nulles, à défaut de date.

Les sieurs Thomin et consorts au profit desquels étaient faites ces sept dispositions, soutiennent, au contraire que l'on doit leur appliquer la date que le testateur a donnée aux dernières, et que par conséquent elles sont valables.

« Deux dates (disent-ils) indiquent les différentes époques auxquelles a été fait le Testament du sieur de Majainville; elles le divisent en deux parties, à chacune desquelles est apposée la date qui lui est propre.

» Où a-t-on vu que la date qui suit plusieurs paragraphes écrits dans une même page, ou sur une feuille de papier, n'est point la date commune de ces paragraphes? Faut-il dater séparément chaque proposition d'un même discours, d'une même lettre, d'un même Testament?

» On ne déguise le ridicule d'une telle opinion, qu'en supposant, par une vaine subtilité, que chacune des dispositions placées à la suite de la date du 11 avril 1795, forme un Testament particulier et distinct. Mais cette allégation n'est guère moins ridicule que la première; car un Testament, un acte quelconque, se compose de toutes les dispositions qu'il renferme.

» Et sur l'unité de l'acte litigieux, quel autre en devons-nous croire mieux que le testateur lui-même, qui partout, et dans le contexte et dans la suscription, ne s'exprime jamais qu'au singulier : *mon testament*?

» On prétend qu'il a lui-même voulu limiter la date du 1er jour complémentaire an 9, aux articles de son Testament qui se rapportent au legs des billets *Lafarge*; mais il n'y a qu'un article qui soit relatif à ce legs : en disant *je date ces derniers articles*, son idée embrassait donc cumulativement tous ceux qui précédaient.

» Et d'ailleurs, par quelle contradiction

étonnante et bizarre, veut-on rechercher *l'intention* du testateur dans cette apposition de date, et ne la pas respecter, la compter pour rien dans le matériel même des dispositions ? Quoi ! S'il est prouvé qu'il a eu *l'intention* de ne dater que le dernier article, il sera reconnu qu'il n'a daté que ce dernier article ; mais s'il est prouvé, s'il est avoué, s'il est incontestable qu'il a eu *l'intention* de faire valoir toutes les dispositions qu'il a écrites, cette intention ne pourra les faire valoir ? Étrange et commode logique » !

Nonobstant ces raisons, jugement du tribunal de première instance, qui, accueillant le système des héritiers *ab intestat*, déclare nulles les sept dispositions intermédiaires du Testament.

Appel de la part des légataires; et le 18 pluviôse an 12. arrêt de la cour de Metz qui réforme ce jugement,

« Attendu que, pour rendre spécieux le moyen de nullité pris du défaut de date, il a fallu supposer autant de Testamens qui avaient leurs dates particulières, qu'il y avait de dispositions intermédiaires, ce qui est insoutenable ;

» Que ces dispositions peuvent être considérées, ou comme des rectifications et additions aux premières, ce qui leur donnerait la date de celles-ci ; ou ce qui serait sans doute plus soutenable, comme ne faisant qu'un corps avec tout ce qui suit, et se rapportant toutes à la date la plus récente. Il résulte bien des expressions mêmes du testateur, qu'il n'a vu qu'un seul Testament dans cette suite de dispositions, puisque, d'une part, il le dit dans la suscription de l'enveloppe : *ceci est* L'ACTE *de mes dernières* volontés ; et que, de l'autre, il déclare plusieurs fois, dans cet acte : *je déclare par mon* PRÉSENT TESTAMENT ; et termine par cette phrase : *je date ces derniers articles* (au pluriel) *de* MON PRÉSENT TESTAMENT ; que ces mots qui suivent, *concernant mon don de mes billets Lafarge*, ne peuvent détruire la force des précédens, conçus *au pluriel ;* qu'il serait ridicule de penser que le testateur eût voulu que ces articles intermédiaires fussent sans valeur ; car il les aurait expressément révoqués ;

» Enfin, qu'il importe fort peu de connaître l'époque à laquelle ils ont été écrits, puisque le sieur de Majainville, à quelqu'époque qu'il eût disposé, était toujours capable de le faire..... ».

Les héritiers *ab intestat* se pourvoient en cassation contre cet arrêt, et l'attaquent comme violant l'art. 2 du tit. 8 de la coutume de Metz, l'art. 20 de l'ordonnance de 1735 et l'art 970 du Code civil.

« La cour d'appel de Metz (disent-ils) a violé tous ces articles, en déclarant valables des dispositions testamentaires qui n'étaient point *datées*.

» Elle s'est efforcée, à la vérité, de prouver que ces dispositions se rapportaient à l'une des deux dates qui précèdent ou qui suivent ; mais ses raisonnemens à cet égard sont tous également vicieux.

» Elles ne peuvent se rapporter à la date qui précède, parcequ'il est évident qu'elles ont été écrites postérieurement ; ce qui résulte de leurs énonciations, et particulièrement de la nouvelle désignation d'un exécuteur testamentaire, pour remplacer le frère du défunt, décédé depuis la première date ; ce qui résulte encore de la différence de l'encre et des plumes avec lesquelles elles ont été écrites.

» Elles ne peuvent non plus avoir la date de la dernière disposition ; car le testateur s'est expliqué sur ce point d'une manière positive, en déclarant que cette dernière date ne concernait que les billets Lafarge.

» On est donc forcé de reconnaître, dans le Testament du sieur de Majainville, trois parties bien distinctes : les premières dispositions, *datées* du 11 avril 1795, qui ne peuvent être attaquées ; la dernière, *datée*, du 1er jour complémentaire an 9, qui est dans le même cas ; et les dispositions intercallées qui, quoique signées du testateur, n'étant pas *datées*, sont aussi parfaitement nulles que s'il ne les avait ni écrites ni signées, puisque, sans la date, la signature et l'écriture ne sont rien, et que le concours *simultané* de ces trois choses est tellement nécessaire, que lorsque l'une vient à manquer, les deux autres sont censées aussi manquer absolument.

» La cour d'appel a considéré ces dispositions comme des *rectifications* et des changemens opérés à la première partie du Testament ; en cela, elle a commis une erreur ; car on n'y voit autre chose que des dispositions nouvelles, qui ne changent rien à celles des premières, dont l'exécution n'avait pas été rendue impossible par la mort de ceux qui en étaient l'objet ; mais en supposant que ces articles fussent de vraies corrections, cela ne les sauverait point de la nullité, parceque tout changement, toute rectification dans un acte, doivent être faits avec les mêmes formalités que l'acte qu'on veut changer ou rectifier ; sans quoi, l'acte subsiste dans son entier, tel qu'il est.

» Et tous les raisonnemens que les juges d'appel se sont efforcés de déduire de l'*inten-*

tion du testateur, de l'inutilité de la date pour constater sa *capacité*, tous ces raisonnemens sont oiseux. Il ne s'agit point de savoir si le testateur a eu la volonté que ses dispositions fussent toutes suivies, s'il a pu faire ces dispositions, mais seulement s'il a rempli toutes les formalités que les lois lui prescrivaient à peine de nullité.

» Nous convenons que le sieur de Majainville avait la volonté la plus ferme, la plus inébranlable, que l'acte qu'il appelle son Testament, fût exécuté dans tout son contenu, sans en rien excepter, sans rien changer; mais ce n'est pas assez de vouloir disposer de son bien, il faut encore que l'on en dispose conformément aux lois; et c'est ce que n'a point fait le testateur dans les sept dispositions attaquées ».

Sur ces moyens, arrêt de la section des requêtes, qui admet le recours en cassation des héritiers.

Et l'affaire portée en conséquence à la section civile, M. l'avocat général Daniels se montre d'abord disposé à conclure à la cassation de l'arrêt attaqué.

« Tout paraît (dit-il) se réduire à la question de savoir s'il est permis de rapporter aux dispositions intermédiaires, soit la date du Testament qui le précède, soit la date qui se trouve à la fin de la neuvième disposition.

» Admettre la première opinion, ce serait admettre une *fiction* démentie par la réalité, et à laquelle aucune loi ne paraît nous autoriser.

» Lorsque le sieur de Majainville fit son Testament, daté du 11 avril 1795, *son frère vivait encore;* et dans une des dispositions qui suivent, il dit en termes formels: « *mon frère étant mort* depuis mon présent Testament, je nomme à son lieu et place, pour » mon exécuteur testamentaire, le citoyen » Emmery, homme de loi ». Il est donc bien évident que ces dispositions sont postérieures à la première date.

» On peut assimiler la nécessité de la date dans les Testamens olographes, à celle de la mention de la lecture dans les Testamens nuncupatifs et solennels. La cour suprême a sanctionné des décisions qui avaient annulé des Testamens dans lesquels, après la clause qui en énonçait la lecture, le testateur avait ajouté quelques autres dispositions dont la lecture n'était pas constatée par une clause particulière. Elle a pensé que la mention de la lecture, là où elle était placée, ne se relatait point aux dispositions postérieures (1).

» N'en doit-il pas être de même de la date, dans notre espèce?

» Il serait plus raisonnable de rendre la date du 1er jour complémentaire an 9, commune à toutes les dispositions qui précèdent. Mais le testateur lui-même semble s'être opposé à cette application, puisqu'il a dit expressément que les articles qu'il datait, *concernaient son don des billets Lafarge.*

» En vain prétendrait-on que ces mots *les articles* ne peuvent se rapporter primitivement au seul don des billets *Lafarge*, parceque, dit-on, ce don ne forme qu'une seule disposition, un seul article. Cette assertion n'est pas encore exacte; cette disposition est comprise dans deux articles: le *huitième*, qui constitue le legs, et le *neuvième* qui règle la manière dont le testateur veut que les légataires en aient la jouissance.

» En vain aussi répète-t-on sans cesse qu'il suffit qu'une date postérieure et certaine se trouve à la clôture de tous les articles du Testament, pour que cette date s'applique indistinctement à toutes les dispositions, *parcequ'il est évident* que *le testateur* A VOULU *les maintenir*. Suffit-il donc de *vouloir*, pour qu'un acte de dernière volonté soit valable; et si, par une étourderie dont il nous est impossible de rendre compte, le testateur, tout en *voulant* la validité de ses dispositions, n'a pas fait ce que la coutume, les ordonnances et le Code civil prescrivent pour qu'un Testament olographe soit valable, veut-on nous persuader qu'une telle étourderie remplace les formalités de la loi, et que plus elle est inconcevable, plus elle mérite l'indulgence des tribunaux?

» Assurément, si le testateur s'était contenté d'apposer une date quelconque à cette série de dispositions qu'il a signées *séparément*, ces différentes signatures ne nous empêcheraient pas de regarder ces dispositions comme *renfermées dans un seul acte;* mais comment concilier ce système avec la déclaration expresse et formelle du sieur de Majainville, qui restreint la date du premier jour complémentaire an 9, *aux deux derniers articles de son testament* CONCERNANT LES BILLETS LAFARGE »?

Mais après s'être ainsi expliqué, M. Daniels aborde la question de savoir si l'arrêt attaqué ne devrait pas être maintenu, par cela seul qu'il ne fait qu'interpréter l'intention du testateur dans l'apposition de la date du 1er jour complémentaire an 9; et trop modeste pour

(1) *V.* ci-dessus, §. 3, art. 1, nº 13; et mon *Recueil de Questions de droit*, au mot *Testament*, § 11.

la résoudre lui-même ; il finit par s'en rapporter à la sagesse de la cour.

Par arrêt du 12 mars 1806, au rapport de M. Buschop,

« Vu les art. 970 et 1001 du Code civil....;

» Considérant, dans l'espèce, que la date du 11 avril 1795, apposée aux premières dispositions testamentaires du défunt Majainville, ne peut s'appliquer aux articles qui sont écrits à la suite de la même date ; que, parmi les dispositions de ces articles, il ne s'en trouve que deux (celles relatives aux legs des billets de la caisse Lafarge), auxquelles le testateur ait appliqué expressément la date postérieure du 1er jour complémentaire de l'an 9 ; qu'ainsi, toutes les autres dispositions du testateur, intermédiaires entre la date du 11 avril 1795 et celle du 1er jour complémentaire de l'an 9, se trouvent *sans date*, et sont par conséquent nulles ; que la date du Testament étant une formalité *extrinsèque* de cet acte, dont la loi exige l'observation sous peine de nullité, on ne peut, comme l'a fait la cour d'appel de Metz, suppléer à son omission par des considérations prises de l'intention plus ou moins apparente du testateur ; d'où il suit qu'en validant indistinctement et sans exception toutes les dispositions testamentaires du défunt Majainville, la cour d'appel a violé les art. 970 et 1001 du Code civil ;

» La cour casse et annulle....., et sur le fond renvoie les parties devant la cour d'appel de Nancy.....».

La cour d'appel de Nancy a usé du droit qu'elle avait de juger la question qui lui était renvoyée, comme si elle eût été entière ; et reconnaissant, avec la cour de cassation, que les sept dispositions testamentaires attaquées par les héritiers du sieur de Majainville, auraient été nulles, si l'on n'eût pas dû y appliquer la date que le testateur paraissait, à la première vue, avoir voulu restreindre aux deux dernières, mais présentant sous un nouveau jour les raisons qui avaient déterminé la cour d'appel de Metz, elle a, par arrêt du 11 *juin* 1807, jugé que cette date se rapportait à toutes les dispositions postérieures au testament de 1795.

« Oui (a-t-elle dit) le procureur général en ses conclusions, par lesquelles il a estimé qu'il y avait lieu de mettre l'appellation, et ce dont est appel au néant, en ce que celles des dispositions de dernière volonté du sieur de Majainville qui avaient été attaquées, auraient été déclarées nulles et non avenues, et en ce qu'il aurait été ordonné que, prélevement fait des legs reconnus valables, le surplus de la succession dont il s'agit, appartiendrait aux héritiers présomptifs du défunt, et serait partagé entr'eux ; émendant, etc....

» La cour a reconnu que, d'après les discussions auxquelles les parties se sont livrées respectivement à son audience, toute la difficulté de la cause se réduisait à un seul point de fait, qui consiste à savoir si quelques unes des dispositions du Testament de Louis Le Bégue de Majainville *sont sans date*, et comme telles doivent être réputées non avenues ;

» Mais avant d'aborder cet examen, la cour ne se dissimulera pas que l'arrêt rendu par la cour de cassation, le 13 mars 1806, serait à ses yeux un préjugé bien respectable sur le fond du procès, et de nature à enchaîner son opinion, si elle n'était pas parfaitement convaincue que, revêtue du pouvoir de connaître du présent appel, en vertu de cet arrêt, et des dispositions de l'art. 66 de la charte constitutionnelle de l'an 8, non seulement il lui est libre, mais il est de son devoir indispensable de discuter et de balancer tous les motifs propres à fixer sa décision, abstraction faite de tous préjugés et indépendamment de toutes considérations ; elle se livre donc librement, avec toute confiance, à l'examen de la difficulté qui lui est soumise.

» D'abord, serait-il vrai, comme ont voulu l'établir les premiers juges, que l'acte qui renferme les dispositions testamentaires de Louis Le Bégue de Majainville, contienne plusieurs Testamens, chacun desquels serait susceptible des formalités prescrites par l'art. 970 du Code civil, sous peine de la nullité prononcée par l'art. 1001 du même Code ?

» Il doit paraître étrange que cette question ait obtenu une solution affirmative.

» En effet, quant à sa forme, il est écrit sur une seule et même feuille de papier, de suite et sans intervalle. Le testateur qui l'enferme sous enveloppe, déclare par suscription que son Testament est renfermé sous cette enveloppe. Trois des dispositions contestées confirment ce fait par l'expression de *mon présent Testament* ; et elle est répétée dans la disposition finale, qui a pour objet de donner une date aux derniers articles. Il est donc certain, dans l'intention même du testateur, sans qu'il soit besoin de la deviner ou de l'interpréter, qu'il n'a fait et qu'il n'a voulu faire qu'un seul Testament. Quant aux dispositions de cet acte en elles-mêmes, elles justifient encore mieux l'identité de l'acte ; car toutes celles qui succèdent à la dernière mention de la date du 11 avril 1795, ne sont qu'additionnelles ou supplétives de celles auxquelles des circonstances extérieures et absolument étran-

gères à la volonté du testateur, ont pu apporter quelque changement. De la première classe, sont la disposition qui concerne le sieur Bertin, et celle relative au don des billets La Farge; celles là pouvaient bien s'ajouter au Testament et en faire suite, sans être réputées un nouveau Testament.

» Les dispositions supplétives sont 1° La nomination du sieur Emmery à l'exécution testamentaire, et le legs de 4000 livres qui en est la rétribution; 2° le legs de 50 livres de rente viagère, donnée à Nannette par addition aux 300 livres à elle léguées précédemment, parce qu'elle avait remplacé la cuisinière décédée; et enfin, le legs universel dans lequel les parties de Demetz ont été substituées au frère du testateur, décédé depuis son présent Testament. Toutes les dispositions de cette classe sont tellement une suite du Testament du 11 avril 1795, qu'elles y sont corrélatives, et que, sans le décès de la cuisinière, sans celui du frère du testateur, Nannette n'aurait eu que ses 300 livres une fois payées, le sieur Emmery n'eût point été chargé de l'exécution testamentaire, ni gratifié du legs de 4000 livres, et aucun des parens du testateur n'eût déplacé son frère du legs *de la remanence* (du restant) de sa succession.

» Mais de quelque nature que soient toutes ces diverses dispositions, on n'en voit aucune qui soit contraire à l'autre, qui y déroge, ou en puisse être isolée; chacune d'elles est donc une partie constituante du tout, qui est l'acte renfermé sous l'enveloppe cachetée, en un mot, le Testament du sieur Le Bégue de Majainville.

» Il est même une circonstance qui prouve invinciblement que les dispositions additionnelles à celles qui ont pour date le 11 avril 1795, en sont une suite nécessaire et ne peuvent s'en séparer: c'est que, dans l'article du legs de 4000 livres fait au sieur Emmery, pour gratification de l'exécution testamentaire, le testateur approuve une rature de six lignes dans son Testament d'autre part, eu égard à la mort de sa cuisinière et à d'autres circonstances. Si cette disposition était nulle à défaut de date, elle ne pourrait plus avoir l'effet de contenir l'approbation de la rature de six lignes; et comme le notaire, dépositaire de l'acte, aurait négligé de constater cette rature à l'instant même de l'ouverture de l'enveloppe, la conséquence serait que le Testament a été altéré après être sorti des mains du testateur; et l'on conçoit quelles seraient les nouvelles difficultés qui devraient en être le résultat et sur lesquelles néanmoins aucune contestation ne s'est élevée jusqu'à présent.

» Il doit donc être admis comme une première vérité de fait, que le sieur Le Bégue de Majainville n'a fait qu'un seul Testament, en ne parlant pas de ceux qu'il a révoqués et annulés par la première disposition de celui dont il s'agit.

» Ce Testament remplit-il les formalités prescrites par la loi, pour être déclaré valable?

» Il est olographe; et trois conditions seulement sont exigées par l'art. 970 du Code, pour sa validité, savoir, qu'il soit écrit en entier, daté et signé de la main du testateur. La loi ajoute qu'il *n'est assujéti à aucune autre forme.*

» Toutes les parties avouent que l'écriture et les signatures dont cet acte est revêtu, sont de la propre main du testateur; il est encore vrai que l'acte commence par l'énonciation de la date du 11 avril 1795, qui se trouve répétée à la fin des premières dispositions, et qui se termine par la date du 1er jour complémentaire de l'an 9, ou du 18 septembre 1801; et il n'est pas contesté que les relations de ces dates soient encore de la main du sieur Le Bégue de Majainville. Il a donc satisfait à tout ce que la loi exigeait pour la forme d'un Testament olographe.

» Il est vrai qu'il a appliqué cette dernière date aux derniers articles de son Testament en s'exprimant dans les termes suivans: »...; et c'est de ces termes que l'on tire l'objection unique qui constitue la difficulté du procès.

» Mais, d'abord, quels que soient les termes dont s'est servi le sieur de Majainville pour mettre la dernière main à son Testament, s'il est reconnu que ce Testament est en tout sans lacunes, sans intervalles sur la feuille qui le contient, qu'il a reçu son commencement au 11 avril 1795, et sa terminaison au 1er jour complémentaire an 9, il est impossible de supposer, dans cet acte, des dispositions qui soient sans date; car elles doivent nécessairement se rapporter à l'une des deux, soit qu'on les considère comme additionnelles aux premières dispositions comprises sous la date du 11 avril 1795, ou comme devant suppléer à celles auxquelles des circonstances survenues postérieurement, auraient occasionné quelque changement.

» Prétendrait-on qu'un Testament ne peut être valable s'il n'est fait d'un seul contexte et sous une même date, et que chacune des dispositions qui le constituent, doit porter elle-même la date de sa rédaction? Ce serait se montrer plus sévère que la loi qui laisse à la volonté des personnes capables de tester,

toute la latitude et la liberté dont sa manifestation peut être susceptible.

» En effet, un Testament est un acte de toute la vie du citoyen : et pourvû qu'il soit constant qu'il a sanctionné par une date finale, les dispositions que sa volonté a pu lui suggérer pendant tout le cours de son existence, et qu'il l'ait fait dans les formes dont la loi a voulu faire dépendre leur validité, il a satisfait à tout ce qui peut lui garantir qu'après son décès, sa volonté ne restera pas sans exécution.

» Que signifient ensuite les expressions par lesquelles le sieur de Majainville a fixé la date du 1er jour complémentaire an 9, aux derniers articles de son *présent Testament*, concernant le don des billets Lafarge ? Rien autre chose, sans doute, que l'indication donnée par lui, que ces derniers articles ont été rédigés le 1er jour complémentaire an 9. et qu'ils sont relatifs au don des billets Lafarge ; et comme il avait alors sous les yeux les dispositions antécédentes, soit qu'elles eussent été rédigées à la même date, soit qu'elles l'eussent été précédemment, il serait incompréhensible qu'il n'eût pas entendu appliquer à celles-ci la date qu'il assignait aux autres, puisque, dans le fait, elles etaient les premières dans l'ordre de la rédaction.

» D'ailleurs, s'il dit qu'il date les derniers articles dont il désigne l'objet, il ajoute : *de mon présent Testament*. Or, le Testament se compose des articles qui précèdent les derniers désignés, comme de ceux-ci ; car il n'y a de derniers articles dans un acte que ceux qui sont précédés par d'autres. Comment donc supposer que, par une expression aussi équivoque, le testateur aurait prétendu scinder son acte, comme on soutient qu'il a voulu le faire, pour le laisser, par là, dans un état d'imperfection bien évidemment contraire à sa volonté, puisqu'à la date du 11 avril 1795, il aurait fait un Testament, et n'aurait pas remplacé son exécuteur testamentaire, décédé depuis ; puisqu'il aurait fait un legs universel que le décès postérieur du légataire aurait rendu caduc ; puisqu'enfin, il serait présumé avoir voulu délaisser *la remanence* de sa succession à des parens que cependant il ne rappelle que pour ne pas les connaître, et pallier l'exclusion qu'il leur donne, par des vœux pour leur bonheur et leur satisfaction.

» Mais, dit-on, l'expression par laquelle il applique aux derniers articles de son Testament la date du 1er jour complémentaire de l'an 9, est une véritable exclusion des articles auxquels elle ne s'applique pas, d'après cet adage si connu, *inclusio unius est exclusio alterius* ; et cet autre, *qui de uno dicit, de altero negat.*

» C'est ici qu'il y a lieu de rétorquer aux intimés le reproche qu'ils ont fait aux appelans de se livrer à des suppositions basardées sur les intentions du testateur, puisqu'eux-mêmes lui supposent une volonté d'exclure, que l'évidence repousse invinciblement.

» D'abord, le sieur Lebègue de Majainville ne dit pas, *je ne date du 1er complémentaire de l'an 9 que les derniers articles de mon présent Testament concernant*, etc., mais simplement, *je date* : l'expression n'est donc pas restrictive, comme on voudrait le prétendre, mais purement indicative. Or, l'indication d'une chose n'a jamais pu faire supppposer l'exclusion de celle que l'indication ne concerne pas ; la conséquence serait donc forcée et par cela même inadmissible.

» En second lieu, on ne peut supposer au sieur Lebègue de Majainville l'intention d'exclure, par une application de date restrictive aux articles indiqués, ceux auxquels l'application ne se fait pas, parceque cette prétendue exclusion équivaudrait à une révocation que la loi n'admet pas, si elle n'est déclarée formellement par un Testament postérieur ou par un acte authentique, selon le vœu précis de l'art. 1035 du Code civil ; parcequ'il serait absurde de supposer que la date finale du Testament dût se restreindre aux articles du don des billets Lafarge, lorsqu'il est impossible que les articles antérieurs dans l'ordre de rédaction, ne reçoivent leur date de celle finale, indépendamment de la volonté même du testateur, s'il ne les a pas anéantis par une déclaration précise et formelle ; et enfin, parcequ'il est notoire, de l'aveu même des intimés, consigné dans leur mémoire, page 19, *que le testateur n'a pas eu l'intention d'anéantir ses dispositions et qu'il avait la volonté la plus ferme, la plus inébranlable, qu'elles fussent exécutées dans tout leur contenu, sans y changer.*

» On convient que le style dans lequel est conçue la clôture du Testament, offre quelque singularité ; mais elle n'est pas la seule qui se remarque dans le cours du Testament. L'article du legs de 4000 livres fait au sieur Emmery, en offre un exemple ; celui par lequel il souhaite bonheur et satisfaction à ceux de ses parens qu'il ne connaît pas, en est un autre ; et en général, tout le Testament est conçu dans un style qui ne supporterait pas la critique des grammairiens. Mais des singularités dans un acte de cette nature, ne sont jamais un moyen d'invalider les dispositions qui en sont empreintes, quand elles n'ont point

pour résultat de mettre la volonté du testateur en contradiction avec elle-même. Or, ici la volonté du sieur Lebégue de Majainville est conséquente et uniforme dans toutes les dispositions de son Testament; aucune n'est en contradiction avec l'autre; toutes sont l'expression d'une volonté constante et réfléchie. Il serait donc injuste de les invalider par des suppositions contraires à l'évidence, lorsqu'il est certain en principe qu'un Testament juridique est un acte auquel la loi accorde la plus grande faveur, quand par l'observation exacte des formes très simples auxquelles elle l'a soumis, il est reconnu être l'expression fidèle de la volonté libre et non circonvenue par des captations ou des suggestions, de celui qui l'a conçu et rédigé.

» Par tous ces motifs, la cour.... a mis l'appellation et ce dont est appel au néant, en ce que les dispositions attaquées dudit Lebégue de Majainville auraient été déclarées nulles, comme non-avenues, et qu'il aurait été ordonné que, prélèvement fait des legs non contestés, le surplus de sa succession serait partagé entre ses héritiers présomptifs, suivant qu'ils y ont droit; émendant, quant à ce.., ordonne que le même Testament sera exécuté dans toutes ses dispositions; le jugement dont est appel, sortissant au surplus son effet ».

Les héritiers se sont inutilement pourvus en cassation contre cet arrêt; leur recours a été rejeté par la section des requêtes, le 7 mars 1808, au rapport de M. Basire, « Attendu que, si la phrase qui, dans le Testament dont il s'agit, précède immédiatement la date du 5 complémentaire an 9, contient des expressions qui paraissent restreindre cette date à quelques dispositions dudit Testament, elle contient d'autres expressions, et notamment celle-ci, *de mon présent Testament*, qui paraissent étendre la même date à toutes les dispositions qui la précèdent; d'où il suit que la cour d'appel de Nancy a pu, dans l'espèce, donner au sens que présentent les dernières expressions, la préférence sur le sens que paraissent présenter les autres, sans contrevenir aux art. 970 et 1001 du Code civil ».

VII. Je n'ai encore rien dit du papier sur lequel doit être écrit le Testament olographe; et l'on sent assez que rien au monde n'est plus indifférent. Une obligation ne serait pas nulle par cela seul qu'elle serait écrite sur du papier non timbré, et il est évident qu'un Testament olographe ne le serait pas davantage.

On a cependant mis en question si un Testament olographe pouvait être écrit sur le livre de compte du testateur. C'était dans l'espèce rapportée ci-dessus, §. 1, art. 6, nos. 3 et 6. Le sieur Pical avait consigné ses dispositions de dernière volonté dans son livre de compte; et ses héritiers *ab intestat* argumentaient de là pour les attaquer comme nulles dans la forme; mais cette chicane a été proscrite par arrêt de la cour d'appel de Nismes, du 20 janvier 1810, « attendu que le Testament dont il s'agit, présente tous les caractères d'un véritable Testament, et que la circonstance de son insertion dans le livre du testateur, loin d'affaiblir ces caractères, est un témoignage de plus de la certitude de sa volonté ».]]

ART. IV. *Le Testament mystique qui ne peut valoir comme tel, par défaut d'acte valable de suscription, peut-il valoir comme olographe, lorsqu'il est entièrement écrit, daté et signé du testateur.*

Il a été jugé pour l'affirmative, par un arrêt du parlement de Metz, du 12 septembre 1730, et par un autre du parlement de Dijon, du 1er août 1748, confirmé au conseil, en mars 1751.

[[Mais ces arrêts qui sont rapportés dans mon *Recueil de Questions de droit*, au mot *Testament*, §. 6, sont-ils bien en harmonie avec les principes qui étaient en vigueur aux époques où ils ont été rendus?

Et s'ils ont bien jugé, doivent-ils être pris pour modèles dans les affaires du même genre qui se présentent sous le Code civil?

Sur la première de ces questions, la raison de douter est que la novelle de Valentinien, après avoir déclaré valables les Testamens purement olographes, ajoute que, si un testateur qui dispose en cette forme, y appelle des témoins, il faut qu'il les appelle au nombre déterminé par la loi: *si olographâ manu testamenta condantur, testes necessarios non putamus; cùm tamen testium præsentiam testator elegerit, legitimum numerum semper oportebit adhibere*; ce qui paraît bien clairement amener la conséquence, qu'un Testament olographe, valable comme tel, perd toute la force qui lui est propre, par le mélange que l'on y fait ou que l'on annonce vouloir y faire, de formalités qui ont pour objet de le convertir en Testament d'un autre caractère, et qu'alors sa validité dépend toute entière de l'exacte observation de ces formalités.

Aussi Cujas, consulté sur un Testament olographe à la fin duquel le testateur avait annoncé qu'il le ferait reconnaître devant des témoins, n'a-t-il pas hésité à répondre que ce

Testament était nul : *et quod dicitur in novellâ Valentiniani* (dit-il, dans sa consultation 55), *in olographo testamento testes non esse necessarios, hoc ita verum est, nisi testator testium præsentiam elegerit, quam utique elegisse eum ex eo apparet, quòd signa testium quos post nominare se adhibiturum scripserit.*

Mais d'abord, la novelle de Valentinien ne pouvait avoir sur notre question, même avant le Code civil, que l'autorité de la raison écrite, puisqu'elle avait été, comme je l'ai dit plus haut, art. 1, n° 1, abrogée par Justinien. Or, raison écrite pour raison écrite, celle qui résultait de l'art. 126 de l'ordonnance de 1669, devait, sans contredit, l'emporter, dans les tribunaux français, sur celle qui résultait d'une loi étrangère.

En second lieu, le nom de Cujas est sans doute très-imposant ; mais son autorité doit fléchir devant ce principe consigné dans la loi 3, D. *de testamento militis*, et développé à l'endroit cité de mon *Recueil de Questions de droit*, qu'un testateur n'est jamais censé choisir une forme de Testament qui soit en opposition avec l'intention qu'il exprime de disposer valablement de ses biens (*nec credendus est quisquam genus testandi eligere ad impugnanda sua judicia*), et devant cet autre axiome de droit et de bon sens, que *utile non vitiatur per inutile.*

Tenons donc pour constant que les arrêts des parlemens de Metz et de Dijon avaient bien jugé.

Mais doit-on encore juger de même sous le Code civil ?

Oui, si le Code civil ne change rien aux principes qui ont déterminé ces deux arrêts ; non, s'il déroge à ces principes.

Entre ces deux partis, j'avais opté pour le premier dans la troisième édition du *Recueil* que je viens de citer; et je m'étais fondé sur l'art. 979, de la combinaison duquel avec l'art. 1001, il résulte que le Testament mystique d'un muet sachant écrire, bien qu'entièrement écrit, daté et signé de la main du testateur, ne laisse pas d'être nul, s'il y manque quelqu'une des formalités dont les Testamens mystiques en général et ceux des muets en particulier doivent être revêtus.

Mais de nouvelles réflexions m'ont depuis porté à croire que je m'étais trompé.

L'art. 979 du Code civil n'est qu'une répétition littérale de l'art. 12 de l'ordonnance de 1735. Or, sous l'ordonnance de 1735, quelle influence celui-ci avait-il sur notre question? Aucune, sans doute, si le Testament mystique auquel il manquait quelqu'une des formalités qui lui étaient propres, était fait dans les cas et les lieux où l'on ne pouvait pas tester en forme purement olographe, il ne pouvait avoir aucune espèce d'effet, même lorsqu'il était entièrement écrit, daté et signé de la main du testateur. Mais s'il était fait dans les cas et les lieux où les Testamens olographes étaient admis, l'opinion générale était que la nullité dont le Testament mystique était frappé comme tel, faute de quelqu'une des formalités requises pour sa validité, ne faisait pas le moindre obstacle à ce qu'étant écrit, daté et signé de la main du testateur, il fût exécuté comme Testament olographe; et cette opinion était si peu en désaccord avec l'article cité de l'ordonnance de 1735, que l'arrêt du parlement de Dijon qui l'avait consacrée en 1748, fut confirmé en 1751 par le conseil d'état.

Quelle raison y aurait-il aujourd'hui de tirer de l'art. 979 du Code civil, une conséquence différente? Il résulte bien de cet article combiné avec l'art. 1001, que, si, après avoir écrit, daté et signé de sa main ses dispositions de dernière volonté, le testateur se met en devoir de les faire revêtir des formes d'un Testament mystique, et que quelqu'une de ces formes se trouve omise ou mal remplie, ses dispositions seront nulles comme Testament mystique : mais il n'en résulte pas autre chose; et la preuve en est écrite tout au long dans l'art. 1001 lui-même : *les formalités* (y est-il dit) *auxquelles les divers Testamens sont assujétis par les dispositions de la présente section et de la précédente, seront observées à peine de nullité.* Sur quels Testamens porte la peine de nullité prononcée par cet article? Sur les *divers Testamens* pour lesquels les formalités omises ou mal remplies sont respectivement prescrites. Or, à quels Testamens sont relatives les formalités prescrites par l'art. 979? Aux Testamens mystiques seulement. Ce n'est donc que comme Testament mystique qu'est annulé par l'art. 1001 le Testament entièrement écrit, daté et signé de la main du testateur, auquel il manque quelqu'une des formes auxquelles est assujétie cette manière de tester. L'art. 1001 n'annulle donc pas ce Testament considéré comme olographe; seulement il s'oppose à ce qu'en cas de dénégation de l'écriture et de la signature du testateur, on y ajoute la même foi que s'il valait comme mystique. Considéré comme olographe, ce Testament ne dépend que de l'art. 970; et que dit cet article ? Il ne dit pas seulement que *le Testament olographe ne sera point valable, s'il n'est écrit en entier, daté et signé de la main du testateur;* il dit encore que ce Testament *n'est assujéti à aucune au-*

tre forme, termes qui répondent parfaitement à ceux-ci de l'art. 12 de l'ordonnance de 1629 : *les Testamens appelés olographes, écrits et signés de la main du testateur, seront valables par tout notre royaume, sans qu'il soit besoin de plus grande solennité.* Il n'ajoute pas, à la verité, comme cette dernière loi : *laquelle toutefois, si elle est apportée, n'y fera préjudice, non plus que le défaut qui se pourrait rencontrer ès dites solennités, si le Testament est olographe;* mais on ne doit pas conclure de là qu'il rejette cette explication; on doit uniquement en inférer qu'il la juge surabondante et suffisamment suppléée par la règle, *utile non vitiatur per inutile.*

Qu'on ne dise donc pas que le testateur qui, après avoir écrit en entier, daté et signé de sa main ses dispositions de dernière volonté, a manifesté l'intention de les faire revêtir des formes mystiques, est, par cela seul, censé ne les avoir considérées que comme un projet tant que ces formes ne seraient pas exactement remplies. Il est bien plus naturel de penser qu'il n'a cherché à les faire revêtir des solennités propres au Testament mystique, que pour épargner à ses légataires l'embarras de prouver, en cas de dénégation, que c'est lui-même qui les a écrites, datées et signées.

C'est ainsi au surplus que la question est jugée par l'un des motifs d'un arrêt rendu par la cour d'appel d'Aix, le 18 janvier 1818, dans une espèce dont la discussion a répandu de nouvelles lumières sur la question.

Il s'agissait d'un Testament du 25 frimaire an 12, par lequel Sébastien Viale avait institué héritier Sébastien Rigo, son petit-fils, au préjudice de Sauveur Viale, son fils aîné, qu'il avait réduit à la portion indisponible. Ce Testament était écrit en entier, daté et signé de la main du testateur; mais il paraissait que l'intention de celui ci avait été de ne pas le laisser dans la forme purement olographe; car il l'avait mis sous enveloppe, et il en avait fait dresser le lendemain un acte de suscription par un notaire.

Toutes les formalités prescrites par l'art. 976 du Code civil n'ayant pas été observées dans cet acte de suscription, Sauveur Viale s'en prévalut pour soutenir que le Testament était nul comme mystique, et qu'il ne pouvait pas être exécuté comme olographe.

« L'acte de suscription (disait-il) et l'écrit dans lequel la volonté du testateur se trouvent consignés, forment un tout indivisible; et l'on ne peut pas prononcer la nullité de l'un, sans que la nullité de l'autre en soit la suite.

» Lorsqu'un individu a fait un Testament mystique, on doit présumer qu'il a attaché le sort de ses dispositions au secret dans lequel il a voulu qu'elles fussent ensevelies; et lorsqu'il est évident qu'il a voulu tester dans la forme mystique, il ne doit pas être au pouvoir des magistrats de le faire tester dans la forme olographe.

» La volonté du testateur s'oppose donc à ce que le Testament, déclaré nul dans une forme, puisse être valable dans une autre. Mais les dispositions de la loi ne s'y opposent pas moins; il résulte en effet de l'art. 1001 du Code civil, que tout Testament mystique qui n'a point été revêtu de toutes les formalités prescrites, doit être annulé; et ce serait se jouer de la loi que de prétendre qu'un acte déjà déclaré nul sous une forme, peut être reproduit sous une forme nouvelle, et qu'au moyen de cette espèce de métamorphose, on peut parvenir à un résultat que la loi a déjà proscrit.

» Toute personne sachant écrire peut faire un Testament olographe, si d'ailleurs elle n'est pas frappée d'incapacité; et l'on ne saurait soutenir qu'un individu soit incapable par cela seul qu'il ne peut pas parler. Cependant l'art. 979 du Code civil dit qu'*en cas que le testateur ne puisse parler, mais qu'il puisse écrire, il pourra faire un Testament mystique;* A LA CHARGE QUE LE TESTAMENT SERA ENTIÈREMENT ÉCRIT, DATÉ ET SIGNÉ DE SA MAIN, *qu'il le présentera au notaire et aux témoins, et qu'au haut de l'acte de suscription il écrira, en leur présence, que le papier qu'il présente est son Testament*, etc.

» Et l'art. 1001 du code veut que les formalités auxquelles les divers Testamens sont assujétis, soient observées, à peine de nullité. Le Testament mystique de l'individu qui peut parler, est donc nul, si l'acte de suscription est irrégulier. Cependant ce Testament est *olographe* avant que d'être *mystique;* et il pourrait subsister dans sa première forme, si le testateur n'y ajoutait pas de nouvelles formalités!

» Enfin, il est si vrai que les lois n'ont jamais admis la transformation d'un acte en un autre, que, sous l'ancienne législation, le Testament nul pour défaut de forme, ne pouvait valoir comme codicille, si le testateur ne l'avait pas expressément ordonné, encore que toutes les formalités nécessaires à cette dernière espèce d'actes, eussent été observées. *Si non valeat ea scriptura quam testamentum esse voluit, codicillos non faciet, nisi hoc expressum est.* Loi 41, §. 3, D. *de vulgari et pupillari substitutione* ».

Sur ces moyens, jugement du 25 juin 1806, qui, attendu qu'un Testament mystique ne

peut pas devenir olographe; déclare nul celui de Sébastien Viale.

Sébastien Rigo appelle de ce jugement, et soutient que les premiers juges n'ont pas envisagé la cause sous son véritable point de vue.

« Il ne s'agissait pas (dit-il) d'examiner si un Testament mystique pouvait devenir olographe, mais bien si un Testament olographe revêtu de toutes les formalités requises par la loi, pouvait être annulé par cela seul qu'il avait plu au testateur de le mettre sous enveloppe, et de le confier à un notaire en présence d'un certain nombre de témoins. Or, il n'est aucune disposition, dans la loi, qui interdise aux testateurs ce moyen d'assurer l'existence des écrits qui renferment leurs dernières volontés.

» On soutient qu'un Testament mystique ne peut devenir olographe; et de cette vérité ou de cette erreur (car il importe fort peu que la maxime soit vraie ou fausse), on conclud qu'un Testament olographe est nul, parcequ'il n'a pas été revêtu de la forme d'un Testament mystique. Mais pourquoi ce testament est-il nul? Car enfin, si la loi veut qu'il soit écrit, daté et signé par le testateur, elle n'exige rien de plus. C'est, dit-on, parceque l'acte de suscription qu'on a dressé sur l'enveloppe, prouve légalement (quoiqu'il soit nul) que le testateur a voulu faire un Testament *mystique*, et non pas un Testament *olographe*.

» Ainsi, un acte de suscription irrégulier ne sera pas, aux yeux de la loi, une preuve de la volonté de l'individu qu'on y aura fait intervenir; et cependant il prouvera d'une manière légale que ce même individu a eu la volonté de faire un Testament mystique. Si l'on voulait choquer à la fois et le sens commun et la volonté du législateur, on ne raisonnerait pas différemment.

» Mais admettons que le testateur ait voulu faire en effet un Testament mystique, et que cela soit légalement établi. On sera du moins forcé de convenir que cette intention était subordonnée à la volonté de disposer de ses biens; car l'on ne fait pas un Testament uniquement pour faire un Testament. Or, comme la principale intention du testateur était de transmettre ses biens à l'individu qu'il avait choisi, il importe fort peu que cette volonté soit exécutée en vertu d'un Testament olographe, ou en vertu d'un Testament mystique. *Nec credendus est quisquam genus testandi eligere ad impugnanda sua judicia, sed magis utroque genere voluisse propter fortuitos casus.*

» Aussi, lorsque la question de savoir si un Testament irrégulier dans une forme pouvait valoir dans une autre, s'est présentée devant les parlemens, ils se sont toujours attachés à suivre la principale volonté du testateur ».

Ici, Sébastien Rigo invoquait l'arrêt du parlement de Dijon, du 1er août 1748, celui du conseil d'état de 1751, qui l'avait confirmé, et ceux des parlemens de Toulouse et de Bordeaux, rappelés à l'endroit cité de mon *Recueil de Questions de droit*, par lesquels avaient été jugés valables, comme nuncupatifs, des actes nuls comme Testamens écrits; puis, il continuait ainsi:

« Quant à l'argument tiré des formalités requises pour la validité du Testament mystique de l'individu qui ne peut pas parler, il ne prouve rien, parcequ'il établit en principe ce qui est en question. D'ailleurs, l'art. 979 d'où il est tiré, est absolument conforme à l'art. 12 de l'ordonnance de 1735; et cependant c'est sous l'empire de cette ordonnance qu'on a jugé qu'un Testament nul sous une forme, était valable dans une autre.

» L'exemple tiré du Testament dans lequel on n'a pas inséré la clause codicillaire, ne prouve rien non plus: parceque, suivant l'opinion de Bentham, *comparaison n'est pas raison*; et que d'ailleurs un codicille ne produisant pas les mêmes effets qu'un Testament, on ne peut pas transformer un Testament en codicille sans la volonté du testateur.

» On objecte mal-à-propos que, si un Testament mystique pouvait valoir comme olographe, tous les actes seraient confondus: car, dans l'espèce, il ne peut y avoir de confusion, puisqu'il est reconnu qu'il n'a jamais existé qu'une sorte de Testament, le Testament olographe; et que d'ailleurs le Testament olographe ne produit pas d'effet différent que le Testament mystique ».

Sur ces raisons, arrêt qui réforme le jugement dont est appel, et ordonne l'exécution du Testament,

« Attendu que le matériel des dispositions testamentaires de Sebastien Viale, et de l'enveloppe qui les contenait, n'offre rien qui puisse appeler le soupçon;

» Que Sauveur Viale a d'ailleurs reconnu que le testament était entièrement écrit, daté et signé par son père;

» Attendu qu'il a dit expressément dans le corps du testament et dans l'acte de suscription, que sa disposition était entièrement écrite et signée de sa main, ce qui est dire, en termes différens, qu'elle était olographe;

» Qu'elle n'était effectivement rien de plus, le 25 frimaire, jour auquel elle fut faite;

» D'où suit cette conséquence, qu'en la dépouillant de la forme mystique qu'il y ajouta le lendemain, il resterait toujours la forme olographe de la veille;

» Attendu que Sébastien Viale, loin de s'asservir à aucune forme particulière de tester, a expressément déclaré vouloir que ses dispositions valussent *omni meliore modo*, clause qui démontre que son intention a été d'adopter de préférence la forme, quelle qu'elle fût, qui ferait valoir ses dispositions;

» Que, dès lors, et quand même il serait vrai, en thèse générale, que le testateur qui a choisi une espèce de testament, ne peut s'écarter des solennités exigées pour la forme préférée, et qu'il n'est pas permis de lui en substituer une autre: lors même que cette opinion, soutenue par quelques auteurs et combattue par un plus grand nombre, serait un principe, ce principe serait inapplicable à la cause, où il est constaté que le testateur a déclaré présenter au notaire un testament olographe dont il avait prescrit l'exécution *de la meilleure manière quelconque*.

» Le Testament réunissant tous les caractères du Testament olographe, la précaution de le cacheter et de le présenter en cet état à un notaire et à des témoins, n'est plus qu'une solennité surabondante qui, manquât-elle de régularité, ne saurait vicier une disposition déjà valable et régulière en elle-même, comme olographe.

» Attendu que la solution de la question précéden te rend oiseux tout examen des formes extérieures de l'acte de suscription; qu'il est par conséquent inutile de décider si le notaire et les témoins avaient les qualités requises, l'un pour recevoir l'acte de suscription, les autres pour y assister (1) ».

ART. V. *Formalités à remplir pour l'exécution des testamens olographes et des testamens mystiques. Questions qui peuvent naître de l'inobservation de ces formalités.*

I « Tout testament olographe (porte l'art. » 1007 du code civil) sera, avant d'être mis » à exécution, présenté au président du tribu- » nal de première instance de l'arrondisse- » ment dans lequel la succession est ouverte. » Ce testament sera ouvert, s'il est cacheté. » Le président dressera procès-verbal de la » présentation, de l ouverture et de l'état du » testament, dont il ordonnera le dépôt entre » les mains du notaire par lui commis.

» Si le testament (continue le même article) » est dans la forme mystique, sa présentation, » son ouverture, sa description et son dépôt » seront faits de la même manière; mais l'ou- » verture ne pourra se faire qu'en présence » de ceux des notaires et des témoins, signa- » taires de l'acte de suscription, qui se trou- » veront sur les lieux, ou eux appelés ».

L'art. 1008 ajoute que, dans le cas où le testateur n'a pas laissé d'héritier à réserve, « si le testament est olographe ou mystique, » le légataire universel sera tenu de se faire » envoyer en possession, par une ordonnance » du président, mise au bas d'une requête, à » laquelle sera joint l'acte de dépôt ».

II. L'inobservation des formalités prescrites par le premier de ces articles pour la présentation et l'ouverture du testament soit olographe, soit mystique, rend-elle cet acte sans effet?

La première idée qui se présente, c'est que la loi ne le disant pas, on ne peut ni ne doit ajouter à ses dispositions une peine aussi rigoureuse; et c'est l'opinion de M. Grenier, dans son *Traité des donations*, n° 290: « la » présentation du Testament au président du » tribunal (dit-il), l'ouverture du Testament » par ce magistrat, et le procès verbal qu'il » doit en dresser, ainsi que de l'état du Testa- » ment, sont sans contredit des précautions » que la loi a cru nécessaires, pour qu'on pût » être assuré de plus en plus de la volonté des » testateurs; mais la loi n'a point attaché à » l'inobservation de ces formalités la peine de » nullité; et on ne saurait la prononcer, sur- » tout lorsque rien n'indique la fraude de la » part de l'héritier institué ou du légataire ».

Mais ne pourrait-on pas opposer à cet avis, comme raison écrite, la disposition de la loi 18, C. *de testamentis*, par laquelle les empereurs Arcadius et Honorius, en ordonnant que, conformément à l'ancien usage, la *publication*, c'est-à-dire, l'ouverture des testamens, continuât d'appartenir au *magistrat du cens*, déclaraient que tout autre juge qui s'immiscerait dans cette attribution, rendrait nulles les dispositions qu'il aurait pris sur lui d'ouvrir: *testamenta omnia, cæteraque, quæ apud officium censuale publicari solent, in eodem loco reserventur, nec usquam permittatur fieri ulla translatio; mos namque retinendus est fidelissimæ vetustatis;* QUEM SI QUIS IN HAC URBE VOLUERIT MUTARE, IRRITAM MORTUORUM VIDERI FACIET VOLUNTATEM? Et ne peut-on pas dire que, puisque le Testament perdait toute sa vertu par cela seul qu'il était ouvert par un juge incompétent, à plus forte

(1) Jurisprudence de la cour de cassation, tome 10, partie 2, page 521.

raison devait-il rester sans effet, lorsqu'il était ouvert d'autorité privée ?

Non, et il y en a une raison bien simple : c'est qu'il avait été dérogé à cette rigueur par la constitution de l'empereur Justin qui forme la loi 23 du même titre du code ; c'est qu'en maintenant, par cette loi, le magistrat du cens dans le droit d'ouvrir les Testamens et de les consigner dans des registres publics, l'empereur Justin avait voulu que tout autre juge qui empiéterait sur ce droit exclusif, fût puni d'une amende de cinquante livres ; c'est qu'il avait motivé cette dérogation sur l'injustice qu'il y aurait eu de donner à leur entreprise audacieuse sur des fonctions qui ne leur appartenaient pas, l'effet d'anéantir les dernières volontés des mourans : *Nec enim concedendum est, ut suprema vota deficientium eversionis quicquam ex incongruâ insinuatione, contrahant, dùm res ab incongruis usurpatur audacter ;* et que par là, il avait suffisamment fait entendre, comme le dit Furgole, chap. 2, sect. 4, n° 6, que *l'incompétence du juge à cet égard ne produisait point la nullité de l'ouverture et publication.*

Cette observation ne lève cependant qu'une partie de la difficulté. La loi de l'empereur Justin ne portait que sur le cas où le Testament serait ouvert par un juge incompétent ; elle était donc étrangère au cas où l'ouverture serait faite d'autorité privée ; car il y a une grande différence entre un acte fait d'autorité privée, et un acte fait par un juge incompétent. Celui-ci a toujours un caractère public, et celui-là ne peut jamais être considéré, en pareille matière, que comme une voie de fait.

Ainsi, que nous prenions la loi de l'empereur Justin pour raison écrite à l'effet de tenir pour non caduc le Testament olographe ou mystique qui aurait été ouvert par un juge incompétent, à la bonne heure. Mais point de conséquence à tirer de cette loi pour la non caducité du Testament olographe ou mystique qui aurait été ouvert d'autorité privée ; et nous n'avons, à cet égard, d'autre boussole que la raison naturelle ?

Or, que nous dit la raison naturelle à cet égard ? De quatre chose l'une :

Ou c'est par l'héritier *ab intestat* qu'a été ouvert, d'autorité privée, le testament qui le dépouille de la succession, ou le grève de legs plus ou moins onéreux ;

Ou l'ouverture en a été ainsi faite en présence de toutes les parties intéressées ;

Ou elle l'a été par un tiers sans pouvoir, soit du légataire universel, soit de l'héritier *ab intestat.*

Ou elle l'a été par le légataire universel.

Au premier cas, sous quel prétexte attribuerait-on à la voie de fait que s'est permise l'héritier *ab intestat*, l'effet d'annuler un testament fait à son préjudice C'est principalement en sa faveur, c'est principalement pour la conservation de ses droits, que sont établies les formalités dont il s'agit. Elles sont donc censées remplies en ce qui le concerne, lorsque c'est lui qui, par son fait, empêche qu'elles ne le soient effectivement. C'est ainsi qu'aux termes de l'art. 1178, « la condition » est réputée accomplie, lorsque c'est le débi» teur, obligé sous cette condition, qui en a » empêché l'accomplissement ».

Dans le second cas, c'est absolument la même chose. L'héritier *ab intestat*, en concourant à l'ouverture privée du Testament olographe, a fait remise des formalités établies dans son intérêt, et il en était bien le maître. Il ne peut donc pas se prévaloir de l'inobservation de ces formalités, comme un débiteur obligé sous une condition, ne pourrait pas se prévaloir de l'inaccomplissement de cette condition après en avoir fait remise.

C'est ce qui a été jugé au sujet d'un testament olographe dans l'une des espèces rapportées ci-dessus, §. 1, art. 6, n° 7.

Au moyen de nullité dont on a vu que les enfans majeurs du sieur Blandin se prévalaient contre quelques dispositions du Testament olographe de leur père, s'en joignait un autre qui tendait à le faire déclarer nul pour le tout.

Ce Testament était, au moment du décès du sieur Blandin, entre les mains de l'exécuteur testamentaire, sous une enveloppe cachetée et portant pour suscription : *Testament olographe de Jean-George-François Blandin.*

L'exécuteur testamentaire le présenta aux héritiers et aux légataires réunis. Tous l'autorisèrent à en faire l'ouverture en leur présence. Il l'ouvrit en effet, leur en donna lecture ; et immédiatement après, de leur consentement unanime, le déposa chez un notaire.

Les enfans majeurs s'avisèrent ensuite d'exciper de là pour demander que le Testament fût déclaré caduc.

Mais leur prétention fut rejetée par un jugement du tribunal de première instance de Thionville, du 22 juin 1813 ; et sur leur appel, ce jugement fut confirmé par arrêt de la cour royale de Metz, du 10 juillet 1816,

« Attendu que l'art. 1007 du Code civil n'impose la condition de la remise du Testament olographe au président du tribunal de première instance, que pour en constater l'existence, en reconnaître la régularité et en ordonner l'exécution ;

» Attendu que cette formalité ne tient en rien à l'essence intrinsèque, ni à la forme extérieure de cet acte, qui la précède et qui en est indépendant pour sa validité; d'où il suit que l'absence de cette formalité ne peut influer sur son admission ou son rejet, surtout lorsque n'étant pas prescrite à peine de nullité, elle peut, comme dans l'espèce, paraître surérogatoire, d'après la conduite des héritiers, qui, tous présens à la reconnaissance du Testament et à son ouverture, en ont consenti le dépôt chez le notaire D...».

Dans le troisième cas, sur quoi se fonderait-on pour déclarer le Testament caduc? La voie de fait qu'un tiers a commise en ouvrant un Testament olographe ou mystique, est absolument étrangère au légataire universel, et par conséquent elle ne peut pas nuire à ses droits. Sans doute elle ne doit pas non plus lui profiter. Mais tout ce qui résulte de là, c'est qu'il ne peut pas s'en faire un moyen pour empêcher les héritiers de prouver que, par le fait du tiers qui a brisé l'enveloppe, le véritable Testament a été soustrait et remplacé par un autre que le défunt avait voulu laisser sans effet; il n'en résulte pas que cette soustraction et ce remplacement doivent être présumés de plein droit, par cela seul que l'enveloppe a été brisée par un tiers.

Et c'est ainsi que l'a jugé un arrêt dont voici l'espèce.

Après la mort de Louis-Isaac Delort, on trouve, dans ses papiers, un paquet cacheté et portant pour suscription ces mots: *pour remettre à madame Boutarel*; c'était le nom d'une nièce du défunt. Le mari de la dame Boutarel, qui était présent, brise le cachet, et fait sortir de l'enveloppe un Testament olographe par lequel son épouse est instituée héritière universelle.

Ce Testament est aussitôt présenté au président du tribunal de première instance d'Aurillac, qui en constate l'état et en ordonne le dépôt chez un notaire.

Le sieur Delort, frère du défunt, part de là pour demander que le Testament soit déclaré nul.

« Ce ne sont pas (dit-il) de vaines formalités que celles qui sont prescrites par le Code civil pour l'ouverture des Testamens olographes; elles sont aussi sacrées, aussi importantes que celles qui doivent accompagner la confection de cet acte. Le législateur a voulu prévenir les suppressions, altérations et substitutions que permettrait l'ouverture prématurée d'une enveloppe tutélaire, destinée par le défunt à arrêter la curiosité indiscrète ou l'avide cupidité.

» Voilà pourquoi le Testament ne peut être ouvert que par le magistrat auquel il doit être présenté, et qui en doit constater l'état; voilà pourquoi les art. 916 et suivans du code de procédure civile ne laissent pas aux parties la faculté de s'emparer des paquets cachetés: c'est le juge de paix qui, en apposant les scellés, doit s'en saisir, en constater le sceau et la suscription, et en faire la remise au président du tribunal de première instance.

» Cet art. 916 et les suivans annoncent l'importance que les législateurs ont attachée à l'observation de l'art. 1007 du code civil; il est impossible de penser après cela que l'inobservation de cet article, qui a dû entraîner de si graves inconvéniens, puisse rester impunie ».

Jugement qui, sans avoir égard à ces moyens, déboute le sieur Delort de sa demande,

« Attendu que le Testament du défunt réunissant toutes les formalités auxquelles l'art. 970 du code civil assujétit le Testament olographe, peu importe que quelqu'une des précautions ordonnées pour le rendre public, ne fût pas remplie; que cette omission ou cet oubli ne peut produire une nullité qui n'est pas prononcée par la loi;

» Que la preuve offerte par le sieur Delort, qui tend uniquement à établir que le Testament était renfermé dans une enveloppe cachetée, avec des caractères tracés, et ouverte avant la présentation aux magistrats, étant absolument insignifiante, et ne pouvant opérer la nullité du Testament, devient inutile et non-recevable; qu'ainsi, la demande du sieur Delort est mal fondée ».

Le sieur Delort appelle de ce jugement, et, en reproduisant les moyens qu'il a inutilement fait valoir en première instance, il articule avec offre d'en faire preuve, « 1° que les caractères tracés sur l'enveloppe, n'étaient » pas ces mots: *pour remettre à madame Boutarel*, mais bien *Testament de Louis-Isaac Delort* et sa signature; 2° que l'enveloppe » renfermait une autre feuille que celle où » était écrit le Testament connu ».

La dame Boutarel et son mari répondent que les formalités prescrites par l'art. 1007 du code civil, sont purement réglementaires et d'exécution; que l'inobservation de ces formalités ne peut avoir aucune influence sur le Testament lui-même, qui a reçu toute sa perfection par l'exact accomplissement de celle que prescrit l'art. 970. « Quant aux faits articulés par l'appelant (ajoutent-ils), nous » les dénions; mais il est évident qu'ils ne courent point au but de son action, et ne » tendent qu'à la dénaturer. Ils supposent la

» suppression d'un Testament révocatoire, » tandis qu'il s'agit de savoir si celui qui est » produit, est régulier ou non. S'il était en » état de la justifier, ce serait la matière d'une » nouvelle instance; mais celle qui existe, » doit être jugée comme elle a été introduite, » et conséquemment la preuve offerte n'est » pas recevable ».

Le 17 mars 1807, arrêt de la cour d'appel de Riom, qui, « adoptant les motifs des pre- » miers juges, en ce qui touche la preuve » offerte à l'audience par Delort, attendu que » cette preuve ne peut pas être admise, parce- » qu'en la supposant faite, elle serait insig- » nifiante quant à la nullité du Testament olo- » graphe de Louis-Isaac Delort, de laquelle » il s'agit uniquement dans la cause, et ne » serait relative qu'à la suppression d'un au- » tre Testament ou codicille postérieur, de la- » quelle il ne s'agit pas; dit qu'il a été bien » jugé.... (1) ».

Dans le quatrième cas, il me semble qu'il y a une distinction à faire entre le Testament olographe et le Testament mystique.

Lorsqu'il s'agit d'un Testament olographe, le légataire universel agit sans doute irrégulièrement; mais un procédé irrégulier, qui ne donne et ne peut donner prise à aucun doute sur l'identité du Testament, ne peut pas, de lui-même, et sans que la loi s'en explique formellement, emporter la déchéance d'un droit acquis.

Ainsi l'a jugé l'arrêt rendu dans les circonstances suivantes.

Le 3 frimaire an 13, la dame Dufour fait un Testament olographe au profit du sieur Manoury.

Elle meurt le 27 pluviôse suivant.

Son Testament est remis clos et cacheté au sieur Manoury, qui, au lieu de le présenter au président du tribunal de première instance, pour en faire l'ouverture, se permet de l'ouvrir, ou, comme il l'a prétendu dans la suite, de le faire ouvrir par le curé.

Le sieur Leprévost-Duval, l'un des héritiers *ab intestat* de la testatrice, demande qu'à raison de cette contravention à l'art. 1007 du Code civil, le sieur Manoury soit déclaré déchu de l'effet des dispositions faites en sa faveur.

Mais par jugement du 14 août 1806, le tribunal d'Evreux ordonne l'exécution du Testament, « Attendu que l'art. 1007 du Code » civil qui prescrit les formes à observer pour » l'ouverture des Testamens, ne prononce » point de nullité, pour l'inobservance de ces » formes; que le sieur Manoury allégue qu'il » s'est conformé au vœu de la testatrice en pré- » sentant au curé de Vernon le Testament dont » l'enveloppe ne contenait aucune inscription».

Appel de la part du sieur Leprévost-Duval; et le 25 janvier 1808, arrêt qui, « adop- » tant les motifs des premiers juges, met, sur » ce point, l'appellation au néant » (1).

Aurait-on pu juger de même, s'il se fût agi d'un Testament mystique?

Oui, si l'acte de suscription eût été écrit, soit sur le repli, soit sur le dos du Testament, parcequ'alors l'irrégularité de l'ouverture qui en aurait été faite, ne pourrait donner lieu à aucun soupçon de fraude, et qu'il en serait absolument de ce cas, comme de celui où il s'agirait d'un Testament olographe.

Mais hors ce cas, il paraît que la voie de fait du légataire universel qui s'est permis d'ouvrir lui-même le Testament mystique, doit le faire déclarer déchu, parcequ'elle met l'héritier *ab intestat* et la justice dans l'impossibité de s'assurer que le Testament représenté est véritablement celui que le testateur a remis clos et scellé au notaire et aux témoins, ou qu'il a fait clore et sceller en leur présence; parceque là où manque, par le fait du légataire universel, la preuve légale de l'identité de l'un avec l'autre, là manque absolument la condition de laquelle la loi fait essentiellement dépendre l'effet du Testament mystique.

C'est ainsi qu'un Testament olographe est réputé non avenu, par cela seul que le légataire au profit duquel il a été fait, refuse, après la mort du testateur, de représenter un Testament postérieur qui pourrait l'avoir révoqué. *V.* l'arrêt de la cour de cassation du 29 février 1820, rapporté aux mots *Révocation de Testament*, §. 5. dans mon Recueil *de Questions de Droit*,

III. L'art. 1008 n'attache aucune peine à l'inobservation de la formalité qu'il prescrit; et comme cette formalité est tout-à fait indépendante, non-seulement de la validité du Testament, mais encore de la preuve légale de son identité avec les dispositions du testateur, il est clair que l'inobservation n'en peut pas être punie par la déchéance du légataire universel.

Mais ne doit-on pas au moins priver le légataire universel des fruits de la succession, tant qu'il n'aura, conformément à l'art. 1008, obtenu une ordonnance d'envoi en possession?

On peut dire pour l'affirmative que le légataire universel n'a régulièrement droit aux fruits, à compter du jour du décès du

(1) Jurisprudence de la cour de cassation, tome 7, partie 2, page 1227.

(1) Je tiens cet arrêt de M. le procureur général Fouquet, sur les conclusions duquel il avait été rendu.

testateur, que parceque, dispensé, à défaut d'héritiers à réserve, de la formalité de la demande en délivrance, il est autorisé par la loi à se mettre de lui-même en possession des biens du défunt; que, quand son titre est un Testament olographe ou mystique, il ne peut se mettre en possession des biens du défunt qu'en vertu d'une ordonnance du président du tribunal de première instance; que sa possession ne peut donc être légale, et par conséquent lui donner droit aux fruits, que par l'obtention de cette ordonnance.

Mais *V.* mon *Recueil de Questions de droit*, au mot *Testament*, §. 18.

IV. Quelle est la nature des fonctions attribuées au président du tribunal de première instance par les art. 1007 et 1008? Est-ce à la juridiction volontaire ou à la juridiction contentieuse qu'elles appartiennent?

J'ai établi à l'article *Juridiction volontaire* que l'ouverture et la description de l'état d'un Testament olographe ou mystique, l'ordonnance de dépôt qui en est la suite, et celle d'envoi en possession des biens du testateur, sont des actes de juridiction volontaire.

Mais j'y ai également établi que, parmi les actes de juridiction volontaire, il en est quelques-uns qui s'expédient et doivent s'expédier sans connaissance de cause, et dans lesquels, par conséquent, le juge ne remplit qu'un ministère passif; tandis qu'il en est plusieurs dont l'expédition doit être précédée d'une connaissance de cause plus ou moins étendue, suivant la nature de leur objet, et peut ou doit par conséquent être refusée, lorsqu'il y a lieu.

Dans laquelle de ces deux catégories doit-on ranger, d'abord l'ouverture et la description de l'état d'un Testament olographe ou mystique, ensuite l'ordonnance de dépôt de ce Testament chez un notaire, et enfin l'ordonnance d'envoi en possession?

1° Voët, sur le Digeste, titre *de jurisdictione*, n° 4, place, sans dire pourquoi, l'ouverture des Testamens parmi les actes de juridiction volontaire qui ne peuvent être faits qu'en connaissance de cause; mais il est bien difficile de deviner sur quoi il fonde son assertion.

Elle suppose que le juge à qui est présenté le Testament d'une personne dont on lui prouve le décès, pour en faire l'ouverture et la description, peut quelquefois s'y refuser. Mais quels pourraient être les motifs d'un pareil refus? On ne saurait en imaginer d'autres que les vices apparens de l'acte. Eh bien! Les lois romaines, d'après lesquelles parle Voët, voulaient elles-mêmes qu'en cette matière, le Testament le plus informe fût assimilé au Testament le plus régulier: *Testamentum autem propriè illud dicitur, quod jure perfectum est: sed abusivè testamenta ea quoque appellamus, quæ falsa sunt, vel injusta, vel irrita, vel rupta; itaque imperfecta solemus Testamenta dicere:* ce sont les termes de la loi 2, §. 1, D. *Testamenta quemadmodùm aperiantur;* et il en résulte bien clairement que les irrégularités apparentes d'un Testament ne peuvent pas autoriser le juge à en refuser l'ouverture et la description.

Il est vrai que, suivant la loi 8 du même titre, on ne devait ouvrir qu'avec connaissance de cause la partie du Testament qui, contenant une substitution pupillaire, était renfermée sous une enveloppe séparée de celle du corps du Testament (1).

Mais cette exception ne faisait que confirmer de plus en plus la règle générale; et comme elle ne peut être d'aucun usage dans notre jurisprudence, il reste nécessairement qu'aujourd'hui l'ouverture et la description d'un Testament olographe ou mystique, ne peuvent jamais être refusées par le juge à qui la demande en est faite.

2° Il en est de même du dépôt du Testament dans les minutes d'un notaire. Là, comme dans l'ouverture et la description de l'écrit qui lui est présenté, le juge n'a à remplir qu'une fonction de l'exercice de laquelle il ne peut résulter aucun préjudice pour qui que ce soit. Rien ne peut donc l'obliger, ni par conséquent l'autoriser à examiner si cet écrit est ou non revêtu des formes nécessaires pour constituer un acte de dernière volonté. Il ne peut donc, sous aucun prétexte, se dispenser d'ordonner le dépôt de cet écrit.

3° C'est tout autre chose lorsque le légataire universel revient ensuite, tenant à la main l'acte de dépôt de cet écrit et l'expédition que le notaire lui en a délivrée, requérir une ordonnance d'envoi en possession des biens du testateur: il s'agit alors d'un acte plus sérieux et qui doit avoir des effets importans. Le président du tribunal de première instance doit donc y mettre plus d'attention, et ne pas accorder, sans connaissance de cause, ce qu'on lui demande.

Ainsi, il est de son devoir d'examiner, dès-lors, si l'acte dont on lui reproduit l'expédition, présente, dans sa forme extérieure, le caractère apparent d'une disposition olographe; ensuite, s'il n'est pas notoire que le testateur a laissé des enfans ou des ascendans;

(1) *Pupillares tabulas, etiamsi non fuerit suscriptum ne aperiantur, attamen si seorsùm eas signatas testator reliquerit, Prætor eas aperiri, NISI CAUSA COGNITA, non patietur.*

enfin, si l'individu qui s'annonce comme légataire universel, n'offre pas, dans sa manière d'exister, des raisons de craindre, de sa part, une supposition de Testament; et s'il a des doutes graves sur l'un ou sur l'autre point, il doit renvoyer le demandeur à se pourvoir à l'audience, en y faisant appeler l'héritier *ab intestat.* C'est ce qui résulte, comme on va le voir, des motifs d'un arrêt de la cour royale de Rouen; et l'on trouvera à l'article suivant, n° 4, un arrêt de la cour de cassation qui est motivé de la même manière.

Mais là doit se borner l'examen du président. L'étendre plus loin serait, de sa part, un abus de pouvoir; et voici un arrêt qui le juge ainsi formellement:

Le 5 nivôse an 10, la demoiselle Le Bourg écrit, signe et date de sa main un acte par lequel elle déclare donner tous ses biens à Marie-Renée Le Villain.

Elle meurt en janvier 1807, célibataire, et âgée de 85 ans.

L'acte du 5 nivôse an 10 est présenté au président du tribunal de première instance de Rouen, qui en ordonne le dépôt chez un notaire.

Ce dépôt effectué, Marie-Renée Le Villain en lève une expédition, et s'adresse au même magistrat pour obtenir l'envoi en possession des biens de la demoiselle Le Bourg.

L'état de célibataire dans lequel était décédée celle-ci et ses 85 ans faisaient assez présumer qu'elle ne laissait ni enfans ni ascendans.

Cependant il intervient, de la part du président, une ordonnance du 20 avril 1807, par laquelle, attendu 1° que l'acte du 5 nivôse an 10 ne contient aucune expression caractéristique d'une disposition de dernière volonté; et que, n'étant pas revêtu des formalités de la donation entre-vifs, il pourrait y avoir contestation sur sa validité; 2° qu'il n'est pas justifié que la demoiselle Le Bourg soit décédée sans héritiers à réserve; il renvoie Marie-Rénée Le Villain à se pourvoir par action.

Marie-Renée Le Villain appelle de cette ordonnance; et par arrêt du 27 mai de la même année,

« Vu les art. 1006 et 1008 du Code civil....;

» Considérant que le rapprochement de ces art. 1006 et 1008 prouve que l'ordonnance que le président du tribunal de première instance est chargé de rendre par l'art. 1008, est un acte purement ministériel, à l'effet de rendre exécutoire le Testament olographe, dont l'acte de dépôt lui est représenté, comme il le serait s'il eût été fait devant notaire; que a loi, il est vrai, n'a pas voulu que le magistrat revêtît un chiffon du sceau de l'autorité publique; c'est pourquoi il est de son devoir d'examiner la forme extrinseque de l'acte, et de lui refuser toute sanction, s'il n'a aucun des attributs qui doivent le caractériser; il doit même s'enquérir si le requérant a un domicile connu, et jouit d'une moralité qui le garantisse que le Testament qu'il représente, n'est pas un acte supposé pour favoriser une spoliation; mais il ne peut seul se constituer juge de la valeur intrinseque, ni même rien préjuger à cet égard; si l'acte de disposition universelle renferme des nullités ou illégalités substantielles, c'est à l'héritier à se pourvoir contre la prise de possession, par opposition à l'ordonnance du juge, et par action en nullité de l'acte, comme il se pratique au cas de l'art. 1028 du Code de procédure civile;

» Considérant que la disposition universelle de Marie-Thérese Le Bourg, par acte qui a du moins les signes apparens d'un Testament olographe, et par une personne qui, étant décédée célibataire, le 13 janvier 1807, à l'âge de 85 ans, est présumée n'avoir laissé ni ascendans ni descendans; ce qui, avec les autres renseignemens acquis sur la personne, devait suffire au juge pour rendre, sur la représentation de l'acte de dépôt, l'ordonnance d'envoi en possession conformément à l'art. 1008; qu'au lieu de se renfermer dans ce cercle, le juge s'est permis de commencer par décider du mérite de l'acte de disposition au fond, ensuite de quoi il renvoie l'appelante à se pourvoir par action;

» Considérant que cet acte du juge est moins une ordonnance qu'un jugement informe, dans les motifs duquel, par une contradiction frappante, il commence par trancher la question contre la personne à laquelle il défere l'action; qu'il y a, dans cet acte, excès de pouvoir, contravention à l'art. 1008 du Code civil, et confusion des règles qui distinguent les ordonnances de simple exécution d'avec les jugemens.....;

» La cour (d'appel de Rouen), faisant droit sur l'appel, annulle le jugement en forme d'ordonnance dont est appel; renvoie l'appelante devant l'un des vice-présidens du tribunal de l'arrondissement de Rouen, ou autre juge, en cas d'absence, suivant l'ordre du tableau, pour être par lui statué sur la requête du 20 avril, conformément à l'art. 1008 du Code civil; sauf à l'héritier, s'il avise que bien soit, à s'opposer à l'ordonnance à intervenir, et à former action en nullité ou réduction de la disposition jusque là réputée faite à titre de legs universel; défenses au contraire réservées (1) ».

(1) Journal du Palais, tome 20, page 13.

Art. VI. *Quels sont les effets et les suites de la non-reconnaissance de l'écriture et de la signature d'un Testament olographe de la part des héritiers ab intestat?*

I. Un Testament olographe n'est, par sa nature qu'un acte sous seing privé. Il est donc soumis, lorsque l'écriture et la signature en sont méconnues par l'héritier *ab intestat*, à la règle générale de l'ancien droit, renouvelée par les art. 1323 et 1324 du Code civil, et d'après laquelle l'héritier auquel on oppose un acte sous seing-privé du défunt, lui ôte toute croyance par la seule déclaration qu'il n'en reconnait pas l'écriture et la signature, et oblige, par là, celui qui s'en prévaut, à en faire la vérification.

Telle était effectivement, avant le Code civil, la doctrine de Pothier, *Traité des donations testamentaires*, chap. 1er, art. 2, §. 3. « Il faut (disait il) que le Testament olographe soit reconnu par les héritiers pour être » écrit et signé de la main du testateur, ou que, » sur leur refus de le reconnaître, l'écriture » soit reconnue par des experts ».

Cependant Furgole, *Traité des Testamens*, chap. 2, sect. 6, faisait là-dessus une distinction.

Il convenait bien que, lorsque, dans les pays de droit écrit, un Testament olographe entre enfans n'avait pas été reconnu par le testateur lui-même devant notaire, il était *nécessaire, d'en faire faire la reconnaissance par experts, et par comparaison d'écriture, contradictoirement avec les parties intéressées*; et que cela était également nécessaire à l'égard du Testament olographe entre toutes personnes *dans les pays coutumiers où la coutume ne le réputait pas solennel par disposition expresse.*

Mais il lui paraissait « fort raisonnable de » croire, malgré la maxime qui veut que les » écritures ont besoin d'être reconnues, quand » le ministère d'une personne publique n'y est » pas intervenu, qu'il n'est pas nécessaire de » faire procéder à la reconnaissance des Tes- » tamens olographes dans les coutumes qui » les déclarent ou réputent solennels par dis- » position expresse, comme dans celle de Pa- » ris, art. 289, parceque ces coutumes les met- » tent au niveau de ceux qui sont reçus par une » personne publique, en déclarant les uns et » les autres également solennels, et qu'elles » donnent aux testateurs un espèce de carac- » tère public pour cela ». Et il ajoutait que « cela avait été ainsi jugé par un arrêt du par- » lement de Toulouse, en l'audience de la se- » conde chambre des enquêtes, le 6 juin 1744... » par lequel arrêt (continuait-il) la dame de » Morthon fut déboutée de sa requête à ce qu'il » fût procédé à la reconnaissance et à la vé- » rification du Testament olographe fait a » Paris, par experts et par comparaison d'é- » critures, conformément à l'ordonnance de » 1667, sauf à ladite dame de Morthon de se » pourvoir contre ce Testament par les voies » de droit. Il n'y avait point d'acte public de » reconnaissance, ni de suscription, ni de re- » mise de ce Testament; et c'était par cette » raison que la dame de Morthon, qui preten- » dait que c'était une écriture privée, soute- » nait que la vérification ou la reconnaissance » devait en être faite. La dame de Morthon » s'étant pourvue au conseil en cassation de » cet arrêt, la requête a été rejetée par arrêt » du 17 avril 1747 ».

Mais comment les magistrats qui ont rendu cet arrêt, comment ceux du conseil d'état qui l'ont confirmé, comment Furgole lui-même n'ont-ils pas fait attention que la coutume de Paris ne réputait le Testament olographe *solennel*, qu'autant qu'il était entièrement écrit et signé de la main du testateur? Et comment n'ont-ils pas inféré de là que la *solennité* du Testament olographe devait, même dans la coutume de Paris, être considérée comme douteuse, et par conséquent tenue en suspens, tant que les héritiers *ab intestat* auxquels on l'opposait, n'en avaient pas reconnu l'écriture et la signature, et que l'une et l'autre n'avaient pas été vérifiées contradictoirement avec eux?

Ce qu'il y a de certain, c'est que telle était la marche que l'on suivait invariablement dans la coutume de Paris. *Le Testament olographe est sujet à vérification*, disait Bourjon (*droit commun de la France et de la coutume de Paris*, tome 2, page 203, édition de 1770); et il n'avait été contredit, sur ce point, par aucun des commentateurs de cette coutume.

Il est vrai que, par un arrêt rapporté au n° suivant, le parlement de Paris avait admis des héritiers légitimes à s'inscrire en faux contre l'écriture et la signature d'un Testament olographe en vertu duquel on leur demandait un legs de 30,000 livres, et qui avait été fait dans la coutume du Maine dont l'art. 292 reputait *authentique* le Testament que *le testateur* avait *écrit et signé* de sa main. Mais, comme on le verra tout-à-l'heure, cette disposition de la coutume du Maine n'était entrée pour rien, ni dans la discussion à laquelle s'étaient livrées les parties, ni dans les conclusions du ministère public; et il est bien à croire, d'après cela, que l'arrêt, en admettant l'inscrip-

tion de faux, n'avait pas jugé qu'elle fût nécessaire de la part des héritiers légitimes pour qu'ils fussent recevables à contester l'écriture et la signature du Testament dont il s'agissait, mais seulement rendu hommage au principe général que l'inscription de faux est admissible contre toute espèce d'écrit, quoiqu'elle ne soit nécessaire que contre les actes authentiques (1).

Du reste, on a vainement prétendu, depuis la publication du Code civil, faire revivre le système de Furgole; il a été proscrit par des arrêts formels.

Il l'a été d'abord par un arrêt de la cour d'appel de Colmar, du 12 juillet 1807, « attendu » qu'étant de l'essence du Testament olographe, d'être écrit et signé de la personne du » testateur, sans autres formalités, il s'ensuit » qu'il n'a pas le caractère de l'authenticité; » que, si l'écriture et la signature viennent à » être déniées, elles sont dans le cas d'être » vérifiées, comme celles de tous actes sous » seing-privé, sans qu'il soit besoin d'embras» ser la voie de l'inscription de faux; et que » le Testament olographe, en cas de dénéga» tion, n'obtient la validité d'un Testament » solennel, qu'après la reconnaissance (2) ».

Il l'a été ensuite par un arrêt de la cour d'appel de Toulouse, et par un autre de la cour de cassation dont voici l'espèce.

Après la mort de Jean Gounon, se sont présentés, pour recueillir sa succession, d'une part, le sieur Lafont, porteur d'un Testament olographe, du 22 prairial an 12, et de l'autre, le sieur Auguste Gounon, qui, à la qualité d'héritier légitime, joignait celle d'héritier institué par des Testamens publics de dates antérieures.

La question principale était de savoir si le Testament olographe dont se prévalait le sieur Lafont, était véritablement écrit, signé et daté de la main du défunt.

Le sieur Lafont soutenait l'affirmative, et prétendait n'avoir rien à prouver, parceque, suivant lui, son titre étant revêtu des formes prescrites par l'art. 970 du Code civil, faisait foi par lui-même, jusqu'à inscription de faux.

Le sieur Auguste Gounon se retranchait dans le principe général, qu'un acte sous seing-privé ne fait foi qu'autant que l'écriture et la signature en sont reconnues, ou tenues pour telles par un jugement.

Le 31 août 1813, arrêt de la cour d'appel de Toulouse qui, entr'autres dispositions, ordonne que l'écriture et la signature du Testament produit par le sieur Lafont, seront vérifiées, tant par titres que par experts et témoins.

Le sieur Lafont s'est pourvu en cassation contre cet arrêt, et l'a attaqué en première ligne comme contraire aux art. 969, 970 et 1006 du Code civil.

Mais par arrêt contradictoire du 13 novembre 1816, au rapport de M. Boyer, et après un délibéré en la chambre du conseil, le premier moyen de cassation a été rejeté, « attendu » que les articles cités à l'appui de ce moyen, » bien qu'ils accordent au Testament ologra» phe la même force exécutoire qu'au Testa» ment reçu par un officier public, n'ôtent » pas pour cela au premier de ces actes, le ca» ractère d'écriture privée, et par conséquent » ne font aucun obstacle à ce qu'on puisse vé» rifier les écriture et signature de la personne » à qui on l'attribue, aux termes de l'art. 193 » du Code de procédure (1).

II. L'héritier légitime est il censé reconnaître l'écriture et la signature du Testament olographe, et décharge-t-il le légataire de l'obligation de les vérifier, par cela seul qu'il ne les méconnait pas formellement?

Voici comment Bourjon, à l'endroit cité au n° précédent, s'expliquait sur cette question: « L'usage du Châtelet est d'en ordonner la vé» rification, quoique l'héritier n'ait pas fait » de déclaration positive; jurisprudence que » je n'ai jamais pu goûter, qui en effet a des » inconvéniens, en ce qu'elle occasionne des » frais inutiles, et qui parait contraire à l'ar» rêt du 24 mai 1661, rapporté dans le second » volume du journal des audiences, liv. 4, » chap. 21, à l'autorité duquel il vaut beau» coup mieux se tenir, qu'à cet usage qui est » abus, et dont apparemment on reviendra ».

Mais qu'entendait Bourjon dans ce passage, par les mots, *quoique l'héritier n'ait pas fait de déclaration positive*?

Parlait-il de l'héritier qui, comparaissant sur la demande formée contre lui par le légataire universel, à ce qu'il fût tenu d'avouer ou de méconnaître l'écriture et la signature du Testament olographe, ne déclarait, ni qu'il les reconnaissait, ni qu'il ne les reconnaissait pas? La critique qu'il faisait de *l'usage du Châtelet* était parfaitement juste, parceque ce n'était que dans le cas où le défendeur à la demande en reconnaissance d'une signature ou d'une écriture privée, déclarait la dénier, que l'art. 3 de l'édit du mois de décembre 1684 voulait qu'il fût procédé à la vérification de l'une ou de l'autre.

(1) V. l'article *Inscription de faux*, §. 1, n° 2.

(2) Journal des audiences de la cour de cassation, tome 10, page 510.

(1) *Ibid*, année 1817, page 67.

Mais parlait-il de l'héritier qui faisait défaut sur la demande en reconnaissance de l'écriture et de la signature du Testament olographe? L'usage du Châtelet, contre lequel réclamait cet auteur, bien loin d'être un abus, était exactement calqué sur la distinction que faisaient les art. 6 et 7 de l'édit cité, entre le cas où le demandeur en reconnaissance d'une signature ou écriture privée, prétendait que la pièce était *écrite et signée de la main du défendeur défaillant*, et le cas où il était prétendu que l'écriture ou la signature privée était de la main d'un tiers. Au premier cas, sans doute, l'écriture et la signature devaient, pour le profit du défaut encouru par le défendeur, être tenues pour reconnues; et telle était la disposition expresse de l'art. 6. Mais au second, l'art. 7 voulait formellement que, nonobstant le défaut du défendeur, il fût procédé à la vérification de la pièce par deux experts nommés, l'un par le demandeur, l'autre par le juge.

A laquelle de ces deux hypothèses se rapporte l'arrêt du parlement de Paris, du 24 mai 1661, que Bourjon citait à l'appui de son assertion, prise dans toutes sa généralité? Écoutons le rédacteur du journal des audiences.

« *De quelle manière se doit faire en justice la reconnaissance d'un Testament olographe?*

» Le mardi 24 mai 1661, cette question fut jugée en l'audience de la grand'chambre de relevée, M. le président de Novion prononçant, en la cause des demoiselles Pidoux, appelantes d'une sentence rendue par défaut par le sénéchal du Maine, par laquelle le Testament olographe du sieur Pidoux de la Rochefaton avait été reconnu, et en conséquence il avait été ordonné qu'un legs de 30,000 livres serait payé.

» Au fait, le sieur de la Rochefaton, testateur, revenant de l'armée en 1659, et passant par la ville du Mans pour s'en retourner en sa terre de la Rochefaton, qui est en Poitou, demeura malade en l'hôtellerie pendant trois jours, de laquelle maladie il décéda.

» L'intimé, légataire de 30,000 livres, avait le Testament qu'il disait lui avoir été donné par le testateur. Il fit assigner les demoiselles Pidoux au mois d'août 1660, devant le juge du Mans, pour reconnaître le Testament du défunt, et en conséquence voir ordonner la délivrance du legs qui lui avait été fait.

» Leverrier, pour les appelantes, disait, en premier lieu, que l'assignation avait été baillée devant le sénéchal du Mans, au lieu qu'elle devait être donnée au domicile des héritiers; en second lieu, que l'on n'avait point dû les faire appeler pour reconnaître le Testament, et faute d'avoir par elles été reconnu, le déclare reconnu, parcequ'il fallait faire distinction quand il s'agissait de faire reconnaître une écriture privée: si c'est la personne qui a fait l'écriture privée qui est assignée, et qu'elle ne comparaisse point, pour lors l'usage est de déclarer l'écriture reconnue, parceque c'est une chose de son fait; mais quand l'action est intentée pour la reconnaissance d'une écriture d'une tierce personne, on ne peut pas déclarer par défaut une écriture reconnue; les héritiers, bien loin de la reconnaître, se sont inscrits en faux contre le Testament.

» Langlois, pour l'intimé, soutenait qu'il avait été bien jugé, et que l'inscription de faux avait été formée pour empêcher que l'affaire ne fût jugée définitivement à l'audience.

» M. Talon, avocat-général, dit que celui qui a entre ses mains un Testament olographe à son profit, doit premièrement le mettre au greffe, et ensuite demander permission de vérifier que c'est l'écriture du défunt, et après cela, faire assigner les héritiers du testateur, pour voir vérifier que c'est son Testament; et s'il est contesté, on ordonne que la vérification s'en fera par comparaison d'écritures; et si c'est par défaut, on doit pareillement ordonner la vérification, et non pas déclarer, par défaut, le Testament reconnu; cela n'a lieu que lorsque l'action est pour la reconnaissance de l'écriture de celui qui est assigné. A l'égard de l'inscription de faux néanmoins, comme elle n'avait été faite que la veille de la plaidoirie, la cour, par une équité souveraine, pouvait ordonner que l'intimé toucherait par provision la somme contenue au Testament.

» La cour a mis l'appellation et ce au néant; émendant, ordonne que la partie de Langlois fera apporter le Testament dont est question au greffe, pour être baillés les moyens de faux par les parties de Leverrier; et par provision, ordonne que l'intimé touchera la somme de trente mille livres, à sa caution juratoire ».

Il est visible, et que cet arrêt porte sur le cas où l'héritier légitime, assigné en reconnaissance d'un Testament olographe, fait défaut; et qu'il décide que, même en ce cas, le légataire universel est tenu de vérifier l'écriture et la signature du Testament dont il se prévaut. Comment donc cet arrêt pouvait-il être signalé par Bourjon, comme *contraire* à l'usage du Châtelet dont il faisait la censure. Bien loin de le contrarier, pour ce cas, il le confirmait positivement.

Quoi qu'il en soit, ni cet arrêt, ni l'art. 7 de l'édit de décembre 1684 qui en avait érigé la décision en loi générale, ne pourraient plus aujourd'hui servir de règle pour le cas dont il s'agissait. L'art. 199 du Code de procédure civile porte indistinctement que, *si le défendeur ne comparaît pas* sur la demande tendant à ce qu'il soit tenu d'avouer ou de méconnaître un écrit sous seing-privé, *il sera donné défaut, et l'écrit sera tenu pour reconnu.*

III. La règle qui veut que l'héritier légitime puisse sans prendre la voie de l'inscription de faux, méconnaître l'écriture et la signature du Testament olographe, est-elle encore applicable, lorsque le légataire universel a obtenu du président du tribunal de première instance une ordonnance qui a prescrit le dépôt du Testament dans les minutes d'un notaire?

Pourquoi ne le serait-elle plus? Que prouve, soit l'ordonnance du président en vertu de laquelle le Testament olographe a été déposé chez un notaire, soit l'acte de dépôt qu'un notaire en a dressé en conséquence? Rien de plus que l'existence d'un écrit attribué au défunt, et qui a la forme apparente d'un Testament. Il n'est donc prouvé, ni par l'une, ni par l'autre, que cet écrit soit de la main du défunt auquel l'impute le prétendu légataire universel. Eh! Comment, dès-lors, serait il changé quelque chose, soit par l'une, soit par l'autre, au droit qui appartient à l'héritier *ab intestat*, de méconnaître l'écriture et la signature du défunt, tant que le légataire universel ne les aura pas vérifiées?

Voici pourtant une espèce dans laquelle la cour d'appel de Turin, en reconnaissant qu'il n'y est en effet rien changé par rapport à l'héritier *ab intestat*, à qui la loi réserve une quotité de succession, a jugé qu'il en est tout autrement à l'égard de l'héritier *ab intestat* à qui la loi ne réserve rien.

Il s'agissait d'un Testament olographe qui s'était trouvé dans les papiers de la veuve Garessio, décédée le 2 mai 1807, laissant pour héritiers *ab intestat*, la dame Dupassano, sa mère, et le sieur Joseph Sannazar, son cousin paternel à un degré fort éloigné.

Le sieur Vallino, institué par ce Testament légataire universel de la défunte, l'avait présenté au président du tribunal de première instance, qui en avait ordonné le dépôt chez un notaire; et il s'était ensuite mis, du consentement la dame Dupassano, en possession de divers biens dépendans de la succession.

Les choses en cet état, le sieur Sannazar fait assigner le sieur Vallino au tribunal de première instance de Turin, pour voir dire qu'il sera tenu de vérifier l'écriture et la signature du testament dont il se prévaut; sinon, que cet acte sera considéré comme non avenu.

Le sieur Vallino répond qu'il n'a rien à prouver; qu'un Testament olographe, est, par lui-même, un acte authentique; que, s'il n'en a pas le caractère avant le dépôt qui en est fait dans les minutes d'un notaire, en vertu de l'ordonnance du juge, on ne peut du moins le lui contester après ce dépôt; qu'ainsi, la foi n'en peut être méconnue qu'au moyen de l'inscription de faux.

Le sieur Sannazar a beau répliquer qu'un Testament olographe ne peut, comme acte sous seing-privé, prendre un caractère d'authenticité qu'au moyen de la reconnaissance faite par l'héritier *ab intestat*, de l'écriture et de la signature qui en forment l'essence; que cette reconnaissance ne peut être suppléée, ni par la présentation du Testament au président du tribunal, ni par le dépôt qui en est fait par suite entre les mains d'un notaire; que présenter un Testament olographe au magistrat désigné par la loi, ce n'est que remplir une formalité qui ne constate rien autre chose que l'existence matérielle d'un écrit qualifié de Testament, et qui ne peut jamais être opposée à des tiers que l'on n'y a point appelés; et qu'il est de principe que le dépôt fait chez un notaire d'un acte sous seing-privé, ne le convertit en acte faisant pleine foi de son contenu, que contre les parties qui y ont été présentes et y ont consenti.

Le tribunal de première instance n'en rejette pas moins la demande du sieur Sannazar, sauf à lui à prendre la voie d'inscription de faux.

Le sieur Sannazar appelle en vain de ce jugement; par arrêt du 10 janvier 1809, la cour d'appel de Turin met l'appellation au néant,

« Attendu que l'instance dirigée contre l'intimé Vallino, provenant du fait d'une personne à laquelle aucune quotité de biens de la testatrice *de cujus*, n'est réservée par la loi, à la différence de ce qui pourrait arriver si elle était poursuivie par la dame Dupassano, mère de ladite testatrice, doit faire retomber à la charge du demandeur, l'obligation de fournir toute preuve de son action, avant de troubler le légataire universel dans la possession qui, de fait, fut par lui acquise; le défendeur Vallino pouvant, en l'état, se borner à invoquer la préférence que les lois accordent à la cause de l'héritier testamentaire, sur celle du tiers qui réclame la succession *ab intestat*;

» Attendu que, quelles que soient les circonstances qu'on veut faire appercevoir en l'espèce, qui, en tout autre état de choses, et entre autres parties, pourraient peut-être réclamer de la justice, des mesures capables de dissiper les nuages dont l'affaire paraît entourée, néanmoins il demeure certain que le Testament dont est cas, par l'acte de dépôt qui en fut ordonné par le juge ès-mains d'un notaire, a reçu l'authenticité dont il avait besoin pour autoriser Vallino, après avoir obtenu de qui de droit la possession des biens à lui légués, à se défendre contre toute prétention non prouvée de la part d'un tiers, en opposant la seule présomption qui existe en sa faveur, et ne peut en conséquence, être attaqué par l'appelant, que par des exceptions spécifiques de faux ou de nullité contre sa forme ou son contenu, auxquels moyens les interrogatoires par lui déduits et des allégations presqu'inconcluantes, ne peuvent, en l'état, aucunement suppléer (1) ».

On voit que, par cet arrêt, la cour d'appel de Turin a nettement reconnu que, si la dame Dapassano eût contesté l'écriture et la signature du prétendu Testament de sa fille, le légataire universel n'eût pas pu, pour se dispenser de la vérifier, se prévaloir du dépôt qui, sur sa requête et en vertu d'une ordonnance du président du tribunal de première instance, avait été fait de cet acte dans les minutes d'un notaire.

Et ce qu'elle a reconnu par cet arrêt, elle l'a jugé depuis formellement en faveur de la dame Dapassano elle-même, qui après avoir donné au Testament de sa fille un commencement d'exécution (particularité dont l'effet sera examiné au n° suivant), avait fini par en méconnaître la signature. Le premier juge avait chargé la dame Dapassano de la preuve directe du fait que la signature apposée au Testament, n'était pas celle de sa fille. Mais par arrêt du 18 août 1810, la cour d'appel de Turin a déclaré « l'intimé Vallino tenu, avant tout, » de vérifier tant par titres que par experts et » témoins, le Testament sous seing-privé de » la dame Garessio dont il s'agit, sauf toute » preuve contraire (2) ».

Et sur quoi s'est-elle fondée pour établir une différence aussi frappante entre l'effet de la non-reconnaissance des héritiers à réserve, et l'effet de la non-reconnaissance des héritiers collatéraux ?

Les héritiers collatéraux, a-t-elle dit en substance par ce dernier arrêt, n'ont qu'une saisine subordonnée à l'inexistence d'un Testament. Le légataire universel n'est assujéti envers eux à aucune demande en délivrance; il est lui-même saisi en vertu de l'art. 1006 du Code civil. Il est donc naturel qu'on ne puisse le dessaisir qu'en détruisant « l'authenticité apparente que le dépôt ordonné chez » un officier public, et l'exécution approuvée » par le magistrat, ou un commencement de » possession ont pu donner au Testament (1) ». Mais, par parité de raison, « ce doit être tout » le contraire, en notre espèce, où l'héritier » légitime a la saisine entière au décès du testateur, et où l'héritier institué n'est saisi de » rien malgré le Testament; et puisqu'il » s'agit de priver le premier d'une succession » qui lui appartient de droit, ce n'est qu'en » vertu d'un titre valable et non-seulement » apparent, que ce dernier peut demander la » délivrance; or....., en supposant même que » le Testament en écrit privé ait une présomption de vérité, cette présomption cesse, » lorsque la vérité est contestée; denié par » l'héritier légitime, le Testament olographe » a un besoin indispensable d'être vérifié ».

C'est assurément très-bien raisonner en ce qui concerne les héritiers à réserve. Mais ce n'est point du tout prouver que les héritiers collatéraux soient d'une condition différente. Les héritiers collatéraux sont saisis de plein droit, ni plus ni moins que les héritiers à réserve, et ne peuvent être dessaisis que par un Testament. Il faut donc que le légataire

(1) Journal des audiences de la cour de cassation, année 1810, Supplément, page 50.

(2) Jurisprudence de la cour de cassation, tome 11, partie 2, page 149.

(1) Ici, la cour d'appel de Turin ne paraît plus attribuer, comme dans son arrêt du 10 janvier 1809, à la seule ordonnance de dépôt du Testament olographe dans les minutes d'un notaire, l'effet de dispenser le légataire universel d'en vérifier l'écriture et la signature; et elle semble ne plus attacher cet effet qu'au concours de cette ordonnance, soit avec celle de l'envoi en possession, soit avec un commencement d'exécution. C'est une légère modification à sa première doctrine, mais même ainsi modifiée, cette doctrine n'en vaut pas mieux.

D'une part, qu'est-ce qu'un commencement de possession non approuvée par le juge et non consentie par l'héritier *ab intestat*? Rien autre chose qu'une voie de fait; et assurément une voie de fait ne peut jamais servir à celui qui l'a commise, de titre pour rejeter sur sa partie adverse, une preuve qui doit naturellement peser sur lui.

D'un autre côté, on verra ci-après, n° 5, que l'ordonnance qui envoie le légataire universel en possession des biens du défunt, ne peut pas avoir, quant à la question de savoir sur qui doit tomber la preuve de l'écriture et de la signature du Testament olographe, plus d'effet que l'ordonnance de dépôt de cet acte chez un notaire.

universel qui leur présente, comme opérant leur dessaisine, un Testament olographe, leur prouve, s'ils n'en conviennent pas, que ce Testament est entièrement écrit, daté et signé de la main du défunt. Vouloir qu'il soit déchargé de cette preuve et qu'il puisse rejeter sur eux la preuve contraire, par le seul effet d'une simple ordonnance de dépôt, c'est-à-dire, d'une ordonnance de pure forme qu'il a obtenue sur requête, c'est fronder deux maximes également irréfragables : l'une, que tout demandeur est tenu d'établir le fondement de sa demande; l'autre, que ce qui est jugé et ordonné à mon insçu, ne peut jamais m'être opposé.

Cependant la question s'étant représentée, depuis le premier des arrêts cités de la cour d'appel de Turin, devant le tribunal de première instance de Charleroi, ce tribunal, subjugué par l'autorité de cet arrêt, a décidé que les héritiers collatéraux de François-Joseph Thibaut ne pouvaient méconnaître son Testament olographe, après le dépôt qui en avait été ordonné par le président, qu'en prenant la voie de l'inscription de faux.

Mais ce jugement a été réformé par arrêt de la cour d'appel de Bruxelles, du 21 juin 1810, « attendu que le Testament olographe est es-» sentiellement un écrit privé ; que tout écrit » privé doit être vérifié par celui qui en fait » usage, lorsque la partie à laquelle on l'op-» pose, déclare le méconnaître; que, si les » Testamens olographes ont les mêmes effets » que les Testamens reçus par acte public, il » ne s'ensuit pas qu'ils soient authentiques » avant d'être reconnus, si l'écriture ou la » signature sont déniées, puisqu'ils ne peuvent » valablement exister qu'autant qu'ils sont » écrits, datés et signés de la main du testa-» teur ; que le procès verbal dressé par le » président, de la présentation, de l'ouver-» ture et de l'état du Testament olographe, » et le dépôt fait entre les mains d'un notaire » par lui commis, attestent seulement qu'un » acte a été remis comme Testament ologra-» phe, mais n'assurent aucunement que l'acte » soit écrit, daté et signé de la personne à » laquelle le Testament est attribué ; que les » appelans ont déclaré méconnaître l'acte » qualifié de Testament olographe de Fran-» çois-Joseph Thibaut, et dénié qu'il fût » écrit, daté et signé de sa main (1) ».

IV. L'héritier *ab intestat* qui a reconnu la vérité d'un Testament olographe, par des actes non équivoques, tels que seraient ceux qui caractériseraient un commencement d'exécution, peut-il encore, par la seule déclaration qu'il en méconnaît l'écriture et la signature, mettre le légataire universel dans la nécessité d'en faire la vérification?

Il le pourrait sans contredit, s'il prouvait que sa reconnaissance lui a été surprise par des manœuvres frauduleuses ou extorquées par violence.

Mais hors ce cas, il devrait nécessairement subir l'application de la règle générale suivant laquelle toute partie qui a reconnu volontairement un fait qu'il était de son intérêt de contester, ne peut se rétracter qu'en prouvant que sa reconnaissance a été la suite d'une erreur, ou, en d'autres termes, qu'en prouvant l'inexistence ou la fausseté du fait qu'il a d'abord avoué (1). Ce serait donc sur lui que retomberait tout le poids de la preuve directe du fait que l'écriture et la signature du Testament ne sont pas celles du défunt; et le légataire universel n'aurait besoin que de lui opposer une preuve contraire.

Mais n'y a-t-il pas, à cet égard, une exception à faire pour le cas où l'héritier *ab intestat* alléguerait qu'il n'avait pas encore vu la minute du Testament, lorsqu'il en a exécuté ou commencé à en exécuter les dispositions, et que ce n'est que depuis qu'elle lui a passé sous les yeux?

Après y avoir bien réfléchi, je crois pouvois assurer que non.

Sans doute, en alléguant que, lorsqu'il a commencé à exécuter le Testament olographe, il ne connaissait que l'expédition qui lui en avait été exhibée par le légataire universel, l'héritier *ab intestat* doit en être cru sur sa parole, tant que le légataire universel ne prouve pas le contraire (2).

Mais il n'en reste pas moins que le légataire universel est fondé à dire à l'héritier *ab intestat* : « que vous ayez reconnu trop légère-» ment la vérité du Testament olographe fait » en ma faveur, soit. Mais le fait est que vous » l'avez reconnu ; et que, par là, vous vous » êtes mis dans la nécessité de prendre à votre » charge une preuve dont la loi vous dispen-» sait. Votre prétendue erreur ne doit pas vous » nuire, j'en conviens; mais il faut que vous » la prouviez; et cela est d'autant plus juste, » que me reposant avec une confiance entière » sur votre reconnaissance, j'ai pu laisser dé-» périr les preuves par lesquelles il m'aurait » été facile de justifier que le Testament est

(1) Décisions notables de la cour d'appel de Bruxelles, tome 21, page 14.

(1) *V.* l'article *Preuve*, sect. 2, §. 1, n° 5.

(2) *V.* les conclusions du 3 novembre 1814, rapportées ci-après, n° 5.

» écrit, daté et signé de la main du testa-» teur ».

Lorsqu'après avoir approuvé ou exécuté volontairement un Testament par acte public, sur l'expédition qui lui en était représentée, et d'après laquelle il n'était pas possible de le supposer défectueux dans la forme, l'héritier *ab intestat* en consulte la minute et y trouve des nullités que l'expédition avait masquées, il peut sans contredit rétracter son approbation, mais pourquoi? Parcequ'il prouve par la minute même du Testament, qu'il y manque des formalités essentielles; et il ne serait pas écouté, s'il ne faisait pas cette preuve.

Donc, par la même raison, l'héritier *ab intestat* qui, sur l'expédition d'un Testament olographe, l'a approuvé ou commencé de l'exécuter, ne peut pas être admis à venir, après en avoir consulté la minute, alléguer qu'il ne reconnait pas l'écriture et la signature du prétendu testateur, s'il ne rapporte la preuve positive que ce n'est pas le testateur qui a écrit et signé le Testament.

Que cette preuve soit plus difficile pour lui que ne l'est pour l'héritier *ab intestat* qui, dans l'hypothèse que je viens de mettre en avant, attaque un Testament par acte public, celle qui résulte de la comparaison de la minute avec l'expédition, à la bonne heure; mais le plus ou le moins de difficulté de la preuve ne change rien au principe. Facile ou non, la preuve de l'erreur de l'héritier *ab intestat* doit toujours peser directement sur lui.

Le contraire a cependant été jugé par l'arrêt de la cour d'appel de Turin, du 18 août 1810, qui est cité au n° précédent. Mais quels ont été les motifs de cet arrêt? C'est ce qu'il importe d'examiner. Ce sera le moyen de mettre dans tout leur jour les vrais principes de la matière.

Il s'agissait, comme je l'ai déjà dit, du Testament olographe de la veuve Garessio, décédée sans enfans, mais laissant une mère, la dame Dapassano, à qui la loi réservait le quart de sa succession.

Le sieur Vallino, légataire universel, après avoir déposé ce Testament chez un notaire en vertu d'une ordonnance du président du tribunal de première instance de Turin, s'était adressé à la dame Dapassano pour en obtenir l'exécution à l'amiable.

Celle-ci avait, en conséquence, admis le sieur Vallino à figurer avec elle, en sa qualité de légataire universel, dans le procès-verbal de levée des scellés et dans l'inventaire.

Elle avait même partagé avec lui plusieurs effets de la succession, dans la proportion du quart aux trois quarts, et elle n'avait contribué que dans la même proportion, au paiement du droit de mutation.

Elle avait fait plus: elle avait passé, conjointement avec le sieur Vallino, une procuration pour des mesures relatives à l'exécution du Testament.

Elle s'était réunie à lui pour poursuivre le recouvrement de deux créances héréditaires.

Poursuivis à leur tour, comme tiers-saisis, en déclaration de ce que devait la succession à un particulier, ils avaient signé ensemble leur déclaration affirmative, en y prenant, l'une, la qualité d'héritière légale pour un quart, l'autre celle d'héritier testamentaire.

Enfin, un congé avait été, à leur requête commune, signifié à des fermiers; et il s'en était ensuivi, entre elle et lui, un acte par lequel ils avaient réglé le mode de jouissance des biens dont il était question.

Jusques-là, point de difficulté entr'eux. Mais en 1809, le sieur Vallino ayant provoqué le partage définitif de la succession, la dame Dapassano a déclaré ne pas reconnaître la signature prétendue apposée par sa fille au Testament dont il se prévalait, et a demandé qu'il fût tenu de la vérifier.

Le sieur Vallino lui a répondu qu'elle était à la fois non-recevable et mal fondée dans cette prétention: non recevable, parcequ'elle avait précédemment et à diverses reprises reconnu sa qualité d'héritier testamentaire; mal fondée, parceque, d'après l'ordonnance du dépôt du Testament de sa fille chez un notaire, cet acte faisait foi par lui-même de la signature qu'il portait.

Par jugement du 1er mars 1810, le tribunal de première instance de Turin, adoptant les deux moyens de défense du sieur Vallino, a ordonné, sans s'arrêter à la demande en vérification du Testament, qu'il serait procédé au partage de la succession.

Le second de ces moyens était, comme on l'a vu au n° précédent, insoutenable sous tous les rapports. Mais le premier paraissait trop bien établi pour ne pas faire échouer l'appel interjeté par la dame Dapassano.

Cependant, par l'arrêt cité, le jugement du tribunal de première instance a été réformé, et le sieur Vallino déclaré *tenu de vérifier tant par titres que par experts et témoins le Testament sous seing-privé de la feue, dame Garessio, sauf toute preuve contraire.*

Transcrivons les motifs de cet arrêt, et discutons-les l'un après l'autre.

« Attendu que la procédure constate en fait » que le titre en vertu duquel le sieur Vallino » réclame la succession de la feue dame Chris-» tine Saint-Martin-Garessio, née Radicati,

» est un écrit privé, contenant, outre différens » legs, l'institution de légataire universel au » profit du demandeur, daté de la commune » de Celles, du 25 décembre 1805, visé pour » timbre le 24, enregistré le 28, présenté au » vice-président du tribunal civil de Turin le » 19 août 1807, écrit en italien, et couché sur » papier libre;

» Que la dame Radicati-Dapassano, mère, » soutient n'avoir jamais pris vision de l'ori- » ginal dudit prétendu Testament olographe, » et n'en avoir eu communication que par » copie, savoir, avec l'écrit du demandeur, du » 2 janvier dernier;

» Que cette dame a contesté que ledit Tes- » tament soit en entier daté et signé par sa » fille, a protesté de ne vouloir le reconnaître » et l'a formellement désavoué;

» Qu'enfin, l'intimé Vallino, sans plus in- » sister en appel sur la question de savoir si » la contestation élevée, en l'espèce, par l'hé- » ritier légitime, sur la vérité du Testament » olographe, doit ou non faire retomber sur lui » la charge de le vérifier, se réduit à opposer » à la partie adverse une fin de non-recevoir » tirée de différens actes de reconnaissance » prétendus passés par l'appelante, ou en son » nom, par lesquels il entreprend de soutenir » que celle-ci l'a reconnu légataire, l'a associé » à la possession de la succession, en avouant » la vérité du Testament controversé;

» Et sur cette fin de non-recevoir, qui est la » première question à décider,

» Considérant qu'outre qu'il est de règle en » droit, rappelée par Favre en la définition 7, » liv. 6, tit. 12 de son Code, que *nemo solâ* » *adversarii confessione fit heres*; (je revien- drai ci-après, en examinant le dernier mo- tif de l'arrêt, sur cette assertion du président Favre);

» Et qu'en fait, si l'on excepte la déclara- » tion en qualité de tiers-saisi, signée person- » nellement par l'appelante, tous les autres » actes qu'on lui oppose, comme autant de » reconnaissances du Testament dont est cas, » et de la qualité du légataire universel en la » personne de l'intimé, n'ont été passés que » par son procureur général ou par d'autres » mandataires subdélégués par le procureur » susdit, dont les pouvoirs sont, en l'état, » inconnus à la cour, et contestés par l'appe- » lante, quant à l'usage qui en a été fait, en » tant qu'on voudrait en induire une adhésion » irrévocable au Testament en question, et » une cession formelle de la succession dont » il s'agit ».

Quand de tous les actes opposés par le sieur Vallino à la dame Dapassano, il n'y aurait eu de personnel à celle-ci que la déclaration sur saisie-arrêt qu'elle avait signée en qualité d'héritière pour un quart seulement, tandis qu'il l'avait signé conjointement avec elle, en qualité d'héritier testamentaire des trois autres quarts, c'en eût été bien assez pour autoriser le sieur Vallino à dire que la dame Dapassano avait personnellement commencé d'exécuter le Testament de sa fille. Mais d'ailleurs il était impossible de supposer que la dame Dapassano n'eût pas eu connais- sance des autres actes de commencement d'exécution qui, avant cette déclaration, avaient été faits par son fondé de pouvoir, et il ne paraît pas qu'elle prétendit les avoir ignorés. Aussi va-t-on voir la cour d'appel de Turin raisonner sur ces actes, comme s'ils fussent émanés de cette femme.

« Rien n'est d'ailleurs plus naturel; que » l'appelante, supposant d'abord le Testa- » ment vrai et valable, en ait, pour ainsi dire, » commencé l'exécution, par les actes conser- » vatoires et administratifs qui sont produits » au procès; que cependant, ou mieux ins- » truite en après sur le vrai état des choses, » ou fondée à douter de la validité de l'acte » susdit, elle déclare aujourd'hui que ce » commencement d'exécution fut l'effet de » l'erreur, qu'elle la suspend en conséquence, » sauf à elle tout plus ample droit qui pourra » lui appartenir, si la vérité du Testament » n'est pas prouvée autant qu'il importe; les » lois 4 et 8, au code romain, *de juris et facti* » *ignorantiâ*, contiennent des règles en la ma- » tière qui lui sont pleinement favorables ».

Oui, ces lois prononcent en faveur de l'hé- ritier *ab intestat* qui prouve que le Testament qu'il a d'abord exécuté (ou, ce qui est la même chose, comme on le verra dans un instant, qu'il a d'abord commencé d'exécuter), dans la supposition que c'était l'expression véritable et régulière de la volonté du défunt, ou n'est pas vrai, ou n'est pas régulier; mais, par là même, elles décident nettement que c'est sur l'héritier *ab intestat* que doit toujours peser, en pareil cas, tout le poids de la preuve du faux ou des nullités qu'il articule: *Si post divisionem factam, Testamenti vitium in lucem emerserit ex his quæ per ignorantiam confecta sunt, præjudicium tibi non comparabitur*; Ostende igitur *apud rectorem*..... Testamentum *vel* fide veri deficere, *vel juris ratione stare non posse, ut, infirmatâ scriptura quæ Testamenti vice prolata est, solidam successionem obtineas.* C'est ainsi que s'explique la première des lois citées, et il n'est pas besoin de remarquer combien sont déci- sifs et tranchans, pour notre espèce, les

termes *ostende igitur..... Testamentum fide veri deficere.* C'est d'ailleurs ce qu'enseigne positivement Voët, dans le passage de son traité *de familiæ erciscundâ*, qui est transcrit dans les conclusions du 13 thermidor an 13, rapportées à l'article *Choix*, §. 1.

« Il est certain, d'un côté, que toutes les » reconnaissances portant renonciation d'un » droit héréditaire apparent, ne peuvent va- » loir qu'autant qu'elles dérivent, ou des dis- « positions de la loi, ou de la volonté de » l'homme exprimée par un titre valable, et » ne peuvent, en tout cas, devenir définitive- » ment irrévocables qu'autant qu'elles sont » précédées ou suivies d'un partage effectif et » consommé :

» Et de l'autre, comme l'art. 1004 du Code « civil impose au légataire universel de de- » mander à l'héritier présomptif, non la re- » connaissance seule de la qualité acquise par » le Testament, mais la délivrance des biens » compris dans le Testament même, il est » sensible que, *tant que cette délivrance n'est* » *pas consommée par le partage effectif et* » *complet*, le légataire ne peut, ni par cela » seul qu'il a retiré quelques effets héréditai- » res, être envisagé comme vrai possesseur » de la succession, ni paraître comme irrévo- » cablement reconnu héritier testamentaire, » par de simples énonciations contenues en » des actes passés en force de présomption qui » a pu être erronée, et ensuite désavouée par » la survenance d'une présomption contraire :

» Qu'il est donc faux de dire que l'intimé » Vallino ait la vraie possession des biens » compris dans le Testament olographe, par » lui invoquée; il l'est également qu'il ait ob- » tenu définitivement cette possession de la » dame Dapassano, appelante ».

Ainsi, à entendre la cour d'appel de Turin, pour qu'il y ait, de la part de l'héritier à réserve, délivrance d'un legs universel, il faut un partage *effectif* et *complet* entre lui et le légataire de la succession; ainsi, l'héritier à réserve qui aurait consenti, même par l'acte le plus exprès et le plus formel, à l'exécution du Testament, continuerait de faire siens tous les fruits des biens héréditaires, tant qu'il en resterait la moindre parcelle dans l'indivision; et le légataire universel n'aurait droit à ceux de sa portion qu'à compter de la clôture définitive du partage. Or, qui oserait soutenir un système aussi absurde?

Qu'il puisse y avoir des cas *où la seule reconnaissance* faite par l'héritier à réserve, *de la qualité acquise par Testament*, n'équipolle point à une délivrance proprement dite, à la bonne heure; mais il en est certainement aussi où reconnaître que le Testament confère au légataire universel la qualité qui lui donne droit à tous les biens disponibles du défunt, c'est consentir à l'exécution du Testament, et par conséquent faire la délivrance du legs universel qu'il contient; et tel est notamment celui où, comme dans l'espèce, la reconnaissance résulte d'actes qui forment des commencemens d'exécution, par exemple, d'une déclaration sur saisie-arrêt, qui suppose nécessairement que le légataire universel est soumis à telle quotité des dettes de la succession, de poursuites judiciaires exercées conjointement avec lui contre un débiteur de la succession et qui prouvent d'elles-mêmes que les créances qu'elles ont pour objet lui appartenaient jusqu'à concurrence de telle quotité, du partage de quelques effets héréditaires fait dans la même proportion, etc.

Que des commencemens d'exécution aient, en cette matière, le même effet qu'une exécution complette, c'est ce qui ne peut être raisonnablement contesté. Nous lisons dans Domat (*lois civiles*, part. 1, liv. 4, tit. 6, sect. 2, n° 23) que « celui qui, pouvant se faire » relever d'une obligation qu'il avait consen- » tie dans sa minorité, étant devenu majeur, » fait un paiement à son créancier du tout *ou* » *d'une partie*, ne peut plus demander la res- » titution ». Pourquoi n'y est-il plus recevable? Parceque, comme le dit le même jurisconsulte, il a ratifié, en l'exécutant après avoir atteint sa majorité, l'obligation qu'il avait contractée auparavant. Il est donc clair qu'une exécution partielle emporte ratification, ni plus ni moins qu'une exécution intégrale.

« Considérant que tous les argumens tirés » par l'intimé des actes recognitifs qu'il op- » pose à l'appelante, trouvent une solution fa- » cile, soit dans les lois précitées relatives à » l'erreur en fait, soit dans les auteurs qui se » sont occupés de la matière;

» Qu'il serait d'abord à propos d'appliquer » ici la distinction établie par Dumoulin, au » titre 1er de son commentaire sur la coutume » de Paris, §. 8, nos 88 et 89, entre la recon- » naissance *ex certâ scientiâ seu factâ in for-* » *mâ speciali* et *dispositivâ*, et celle faite *in* » *formâ communi*, où l'auteur nous dit que » celle-ci, *tanquam conditionalis et præsup-* » *positiva, non probat confirmatum, sed* » *confirmans se refert ad illud, prout sine* » *pravitate, vel sicut justè et legitimè obten-* » *tum fuit*; tandis que la première, *tanquàm* » *pura et certa, fidem de eo facit, ad illud* » *commensuratur, et dicitur facta in formâ* » *speciali et dispositivâ, quandò enarrato*

» *toto tenore confirmatur, approbatur, re-* » *cognoscitur, et confirmatur purè, simpli-* » *citer, et præcisè à potestatem habente;* » telle est aussi l'opinion de Cujas, en ses com- » mentaires, tome 4, page 117;

» Or, il suffit de lire les actes recognitifs » dont est cas, pour se convaincre qu'ils sont » tous indistinctement *in formâ communi*; » que la teneur du titre de l'intimé n'y est » aucunement relatée, et ne le confirment en » conséquence qu'autant qu'il sera vrai et lé- » gal, sans en prouver par elles-mêmes l'exis- » tence, ni suppléer à la forme, ou transiger » sur ses vices, ou contenir une renonciation » formelle; et comme ce n'est point le cas ici » de reconnaissance, ayant trente ans de date » continue par la possession, rien ne peut, » dans l'espèce, équipoller au titre principal. » Il est donc de nécessité d'appliquer en l'af- » faire plutôt la règle générale, sanctionnée » en la première partie de l'article 1337 du » Code civil, que l'exception admise par la » seconde ».

Oui, sans doute, l'exception admise par la seconde partie de l'art. 1337 du Code civil, pour le cas où l'acte purement recognitif est soutenu d'une possession de trente ans, était inapplicable à l'espèce. Mais en était-il de même des §. 2 et 3 de l'art. 1338? N'en résultait-il pas, au contraire, bien évidemment qu'encore que le dame Dapassano n'eût pas reconnu *in formâ speciali et dispositivâ*, mais seulement *in formâ communi*, le Testament de la veuve Garessio, sa fille, elle s'était rendue, en l'exécutant après la mort de la testatrice, non-recevable à en méconnaître l'écriture et la signature, à moins qu'elle ne prouvât que c'était par erreur qu'elle l'avait exécuté, ou en d'autres termes, à moins qu'elle ne prouvât que ce n'était pas la testatrice qui l'avait écrit et signé?

« Une fois posé que les reconnaissances » n'ont pu profiter à l'intimé, il est naturel de » conclure qu'elles n'ont pu nuire à l'appe- » lante et faire dire d'elle que *judicium de-* » *functi agnovit.* Car, comme le remarque » sagement Godefroi, sur la loi 24, D. *de ac-* » *quirendâ hereditate, actus agentium in-* » *terpretamur ex eorum proposito, non ex* » *opposito;* et cela est si vrai, qu'en retour- » nant à la définition du président Favre ci- » dessus mentionnée, on y trouve que *si con-* » *ventus ego à te tanquàm herede Titii, procu-* » *ratorem in jure constituero, et in ipso actu* » *constitutionis Titii heredem te nominave-* » *rim, nocere mihi nominatio non debebit,* » *quæ minùs utique quàm confessio est;* » *nam etsi partem debiti tibi ut heredi solvis-* » *sem, non idcircò reliquam partem solvere* » *cogendus essem, quiàimò solutum indebi-* » *tum repetere possem, te nihil probante.* Ce » qui a été ainsi décidé par le senat » (de Chambéry).

C'est ici le lieu d'examiner la prétendue règle de droit que l'on a vu plus haut la cour d'appel de Turin attribuer au président Favre. Quelle est la pensée de ce magistrat, quand il dit que *nemo ex solâ adversarii confessione fit heres*? Veut-il dire qu'entre Pierre et Paul, prétendant tous deux à une succession, les actes ou les faits par lesquels le premier a précédemment reconnu qu'elle était déférée au second, soit en vertu de la loi et comme plus proche parent du défunt, soit en vertu d'un Testament en bonne forme, ne doivent pas être pris en considération et ne peuvent pas dispenser Paul, en cas que Pierre se rétracte, de la preuve directe, soit de sa parenté au défunt dans le degré le plus proche, soit des prétendus vices du Testament qui appelle son compétiteur? Point du tout. La pensée de ce magistrat est seulement que, si une succession, soit testamentaire, soit légitime, m'est déférée, et que je ne l'aie point acceptée, l'acte par lequel mon adversaire me reconnaît pour héritier effectif, ne m'investit point de cette qualité : *nemo ex solâ adversarii confessione fit heres, tametsi ex Testamento aut ab intestato delata ei sit hereditas. Heredem enim non delatio facit, sed acquisito hereditatis, quæ nonnisi per aditionem fit in extraneis heredibus;* doctrine assurément incontestable, mais qui n'a pas le moindre rapport à notre question.

Il est vrai que le président Favre ajoute qu'à plus forte raison ne pouvez-vous pas vous prévaloir de l'acte dans lequel votre adversaire vous a reconnu pour héritier, si vous êtes hors d'état de prouver que vous l'êtes réellement, et que l'erreur de cet aveu est justifiée par cela seul que vous ne rapportez pas la preuve de la qualité qu'il vous a supposée: *ergò multò minùs proderit adversario confessio ei qui probare non possit delatam sibi hereditatem, sive ex Testamento, sive ab intestato. Hoc ipso enim probatur confessio erronea, quòd qui heredem se dicit, se talem non probat.*

Mais à quel propos s'explique-t-il ainsi? C'est uniquement pour arriver à l'espèce de l'arrêt qu'il va rapporter.

Par un exploit dans lequel vous vous êtes qualifié d'héritier de Jacques, vous m'avez fait assigner en paiement d'une somme que je devais, selon vous, à la succession. J'ai constitué, sur cette assignation, Titius pour mon

procureur; et dans le mandat que je lui ai donné pour me défendre, je vous ai désigné avec la qualité que vous aviez prise dans l'assignation, c'est-à dire, avec la qualité d'héritier de Jacques. Mais dans le cours de l'instruction, j'ai conçu des doutes sur cette qualité; et revenant sur mes pas, j'ai demandé que vous fussiez tenu d'en rapporter la preuve. Vous avez répondu que votre preuve était toute faite par la qualité d'héritier que je vous avais donnée nommément dans l'acte de constitution de mon procureur, et conséquemment par l'aveu que j'en avais fait personnellement.

Qu'a jugé le sénat de Chambéry? Que vous deviez justifier votre prétendue qualité. Et par quels motifs? Parcequ'en vous donnant la qualité d'héritier dans l'acte de constitution de mon procureur, je ne vous ai réellement pas reconnu pour tel, parceque ce n'a été, de ma part qu'une énonciation surabondante, et qu'une pareille énonciation est quelque chose de moins qu'un aveu proprement dit : *etsi in ipso actu constitutionis Titii heredem te nominaverim, nocere mihi nominatio non debet, quæ minùs utique quàm confessio est.*

C'est assurément très bien jugé; mais pourquoi? Est-ce, comme le dit le président Favre, dans la note qui se réfère à ces derniers mots, parceque, suivant la doctrine des interprètes sur la loi *optimam* C. *de contrahendâ stipulatione*, adoptée par l'art. 1320 du Code civil, les énonciations surabondantes d'un acte ne font foi contre celui dont l'acte porte la signature, que jusqu'à preuve contraire (*verba enim enunciativa non probant adeò plenè quin admittatur probatio in contrarium*)? Non assurément; car ce principe aurait conduit tout droit le sénat de Chambéry à une décision entièrement opposée à celle qu'il a rendue : il l'aurait nécessairement déterminé à tenir la qualité d'héritier pour duement justifiée par l'énonciation qu'en contenait l'acte par lequel le défendeur avait constitué un procureur, jusqu'à ce que le défendeur lui-même eût prouvé que cette énonciation lui était échappée par erreur, jusqu'à ce qu'il eût rapporté la preuve que le demandeur n'était pas héritier. Il faut donc chercher ailleurs le véritable motif de l'arrêt du sénat de Chambéry; et on ne peut le trouver que dans le principe établi à l'article *Preuve*, sect. 2, §. 1, n° 6, que les aveux faits spontanément en justice par une partie, sont toujours révocables tant qu'ils n'ont pas été acceptés par la partie adverse.

Du reste, on voit assez clairement que rien au monde n'est plus étranger à la question qui était soumise, en 1810, à la cour d'appel de Turin, que le passage du président Favre et l'arrêt du sénat de Chambéry dont cette cour a fait la base de son étrange décision.

V. L'obstacle que l'héritier *ab intestat* trouve dans les actes par lesquels il a exécuté ou commencé d'exécuter le Testament olographe, en ce qu'il se borne à en méconnaître l'écriture et la signature, et à ce qu'il en rejette la vérification sur le légataire universel, résulte-t-il également de l'ordonnance d'envoi en possession des biens du défunt que le légataire universel a obtenue du président du tribunal de première instance, conformément à l'art. 1008 du Code civil?

Cette question est déjà résolue par les principes qui nous ont aidé à résoudre celle qui fait la matière du n° 3. Point de différence en effet, à cet égard, entre l'ordonnance de dépôt du Testament olographe chez un notaire, et l'ordonnance d'envoi en possession des biens du défunt. Celle-ci est, comme celle-là, rendue sans que l'héritier *ab intestat* soit entendu ni même appelé; la seconde ne peut donc pas plus que la première apporter le moindre dérangement à l'application de la règle générale qui veut que le légataire universel soit chargé de la vérification de l'écriture et de la signature méconnues par l'héritier *ab intestat*.

Cependant M. Toullier soutient le contraire (liv. 3, tit. 2, chap. 5, n° 303). Tout en convenant qu'en thèse générale, c'est par l'héritier institué ou légataire universel, qu'il doit être prouvé *que le titre qu'il présente est vrai*, il prétend « qu'il en est autrement si l'héritier » institué a été envoyé en possession en vertu » de l'art. 1008, sans opposition de la part de » l'héritier du sang. Il a, dans ce cas, en sa » faveur, et titre déclaré exécutoire et possession; il a de plein droit la saisine légale; il » ne peut perdre cette prérogative que par » l'anéantissement de son titre; en un mot, il » n'a rien à demander aux héritiers du sang. » S'ils veulent attaquer son titre, ils sont obligés de venir par voie d'action, et par conséquent de prouver que leur demande est fondée. C'est donc sur eux que tombe le fardeau » de la preuve; c'est à eux de prouver que le » Testament n'est pas écrit ou signé par le » testateur et de faire vérifier l'écriture et la » signature. Il est donc extrêmement important, pour les héritiers du sang, de s'opposer avant que l'héritier institué soit envoyé » en possession; car, après cet envoi, la provision lui appartient en vertu de son titre, » comme s'il était institué par un Testament » public et authentique ».

Je ferai voir dans un instant que cette doctrine ne repose que sur un sophisme. Mais, en attendant, je me borne à une seule question : où conduirait-elle, si elle était exacte? Il en résulterait nécessairement que l'on devrait restreindre le principe général qui charge l'héritier institué de la preuve *que son titre est vrai*, au cas où les héritiers du sang se trouveraient, au moment du décès du testateur, à même de prévenir, par une opposition, l'ordonnance d'envoi en possession qui pourrait être accordée sur le vu du Testament, et que ce principe, tout puissant pour eux, lorsqu'ils résideraient à portée du testateur, serait paralysé par la distance qui séparerait leur résidence de la sienne. Or, quoi de plus absurde, et en faut-il davantage pour rejeter une opinion dont une pareille conséquence serait la suite inévitable!

Il n'est pas étonnant, d'après cela, qu'elle ait été rejetée, en effet, par deux arrêts formels, l'un de la cour royale de Paris, rapporté au n° suivant, l'autre de la cour royale de Metz, dont voici l'espèce.

Le sieur Flécheux avait fait, le 19 avril 1814, un Testament olographe par lequel, n'ayant ni enfans ni ascendans, il avait légué tous ses biens meubles et immeubles à son épouse.

La dame Flécheux avait en conséquence obtenu, après la mort de son mari, une ordonnance du président du tribunal de première instance de Rhetel, qui l'envoyait en possession des biens du défunt.

Les héritiers *ab intestat* ont formé opposition à cette ordonnance, et ont soutenu que l'écriture et la signature du Testament qui en était la base, n'étaient pas celles du sieur Flécheux.

Le 19 juin 1814, jugement qui reçoit l'opposition, mais « à la charge par eux de faire » procéder eux-mêmes, dans le délai d'un » mois, à la vérification de l'écriture et de la » signature du Testament par eux méconnu ».

Mais sur l'appel, arrêt du 3 mai 1815, par lequel,

« Attendu qu'un Testament olographe est un acte sous seing privé;

» Attendu que tout acte sous seing-privé ne fait foi qu'autant qu'il n'est pas méconnu ou désavoué, ou lorsqu'il est légalement reconnu et vérifié dans les formes établies par la loi;

» Attendu que la vérification du titre est à la charge de celui qui s'en prévaut, et que la preuve de la vérité d'un acte doit être le devoir de celui qui en est le porteur;

» Attendu que ces principes qui ressortent du texte et de l'esprit de la loi, sont aussi l'expression de la simple raison et de la saine logique, qui enseignent que toute affirmation qui a besoin d'être vérifiée, doit être prouvée par celui qui la produit, et non par celui qui en doute ou qui la nie;

» Attendu qu'on ne peut établir de distinction entre les Testamens olographes et les autres actes d'écriture privée, sous le prétexte que ceux-là, lorsque l'exécution provisoire en fut ordonnée par le magistrat, sont réputés solennels et prennent un caractère d'authenticité qui doit faire mettre à la charge de ceux qui n'en reconnaissent pas la vérité, la preuve de leur fausseté; parce que, d'une part, l'exécution provisoire que donne la sanction du magistrat, n'empêche pas que cet acte ne puisse être contesté dans sa forme, sa réalité, son contexte extérieur, comme dans sa substance légale, et que cette sanction ne vaut qu'autant que l'instrument qu'elle permet d'employer, ne sera pas méconnu et contesté; et parceque, d'une autre part, l'on ne pourrait mettre à la charge de ceux qui dénient ou méconnaissent l'écriture d'un Testament olographe, la vérification de cet acte, qu'en dénaturant cette action pour en faire une véritable inscription de faux incident; alors, le défendeur à la reconnaissance d'écriture aurait à prouver sa fausseté, tandis que, se bornant à la méconnaître ou à la dénier, il ne fait qu'exiger du porteur du Testament, qu'il en justifie la vérité;

» Attendu qu'il résulte des motifs ainsi énoncés, que, dès l'instant que les premiers juges ont admis que la dénégation de l'écriture du Testament dont il s'agit, devait en faire ordonner la vérification, celle-ci, qui doit résulter de preuves affirmatives, ne pouvait être imposée qu'à l'intimée, porteuse du Testament, et qui s'en prévaut comme du titre qui doit assurer les droits qu'elle réclame dans la succession de son époux;

» La cour met l'appellation et ce dont est appel, au néant, en ce que les premiers juges auraient imposé aux appelans la charge de vérifier si le Testament de feu Pierre-Nicolas Flecheux, dont ils dénient ou méconnaissent l'écriture et la signature, est ou non écrit et signé de la main du testateur; émendant, quant à ce, décharge les appelans de cette obligation; statuant sur la demande, ordonne que l'intimée sera tenue de vérifier l'écriture et la signature du Testament dont elle est porteuse, et que dénient ou méconnaissent les appelans (1) ».

(1) Jurisprudence de la cour de cassation, tome 19, page 76.

Il faut pourtant convenir qu'à ces deux arrêts, directement contraires à l'opinion de M. Toullier, on peut en opposer plusieurs qui l'ont adoptée.

On a déjà vu, au n° 3, un arrêt de la cour d'appel de Turin, du 18 août 1810, énoncer dans l'un de ses motifs, que, lorsqu'il n'y a point d'héritier à réserve, l'ordonnance d'envoi en possession des biens du défunt, accordée en vertu de l'art. 1008 du Code civil, dispense le légataire universel qui l'a obtenue, de la vérification de l'écriture et de la signature du Testament olographe qui forme son titre; et l'on trouvera ci-après, n° 7, un arrêt de la cour royale de Rouen, du 28 mars 1816, dans les motifs duquel la même assertion est également consignée.

C'est d'ailleurs ce qu'a jugé formellement un arrêt de la cour d'appel de Caen, du 4 avril 1812.

Il s'agissait d'un Testament olographe par lequel Jacques Morin avait légué à deux de ses frères, à l'exclusion des autres, l'universalité de ses biens. Les légataires universels ayant obtenu une ordonnance d'envoi en possession, le premier juge avait, sur ce fondement, mis à la charge de leurs adversaires la preuve directe que le Testament était écrit et signé d'une autre main que celle du testateur. Et sur l'appel de ce jugement, l'arrêt cité l'a confirmé,

« Attendu que les formalités prescrites par les art. 1007 et 1008 du Code civil, ont été remplies;

» Attendu qu'il est constant qu'il n'y a pas d'héritiers auxquels la loi réserve une quotité de biens de la succession; et qu'ainsi, les légataires universels étaient saisis de plein droit;

» Attendu que la loi attribue au Testament olographe, revêtu des formalités qu'elle prescrit, un caractère particulier, et la même force d'exécution qu'à tout autre acte authentique, puisqu'elle donne la saisine de plein droit;

» Attendu que le Testament olographe est donc à distinguer des autres actes sous seing-privé en vertu desquels on fait une demande;

» Attendu que les légataires universels, saisis en vertu de la disposition de la loi et envoyés en possession par ordonnance du juge, ne peuvent être dépossédés qu'en anéantissant le titre;

» Attendu que c'est à ceux qui attaquent le titre, à en prouver le vice;

» Attendu qu'il serait contre les règles d'obliger celui qui a un titre pour lequel la présomption existe, de l'obliger, répétons-nous, de prouver que son titre est vrai (1) ».

Enfin, la même chose a été jugée depuis, par un arrêt de la cour royale de Montpellier, qui a résisté à un recours en cassation.

Dans le fait, le sieur Grailhe, n'ayant pour héritiers présomptifs qu'un frère, Guillaume Grailhe, et une sœur, Rose Grailhe, mariée au sieur Villa, meurt le 16 juin 1820, laissant un Testament olographe par lequel sa sœur est instituée légataire universelle.

Ce Testament est présenté, le 23 du même mois, au président du tribunal de première instance de Rhodez, qui en ordonne le dépôt dans les minutes d'un notaire; et le 15 juillet suivant, la dame Villa obtient du même magistrat une ordonnance qui l'envoie en possession des biens du défunt.

Le 22 décembre de la même année, la dame Villa fait notifier à son frère Guillaume le Testament olographe, le procès-verbal d'ouverture de cet acte, l'ordonnance de dépôt et celle d'envoi en possession, avec citation devant le bureau de paix pour se concilier sur la demande qu'elle se propose de former contre lui en délaissement des parts qui appartenaient au défunt dans la succession de leurs père et mère et de leurs frères et sœurs prédécédés.

Les parties comparaissent devant le bureau de paix au jour indiqué, et la séance se termine par un procès-verbal de non conciliation, sans explication de part et d'autre sur la vérité ou la fausseté du Testament olographe.

Le 5 janvier 1821, la dame Villa fait assigner son frère devant le tribunal de première instance de Rhodez, aux fins énoncées dans sa citation en conciliation.

Guillaume Grailhe laisse prendre, le 23 du même mois, un jugement par défaut qui le condamne à délaisser à sa sœur les biens à elle légués par le Testament de Pierre; mais il appelle de ce jugement à la cour royale de Montpellier, et conclut à ce que « tenant à sa » déclaration qu'il ne reconnaît ni l'écriture » ni la signature du Testament attribué à » Pierre, il soit ordonné que Rose sera tenue » de faire procéder à la vérification du Testa» ment, à l'effet de constater s'il a été écrit » en entier de la main du défunt ».

Le 13 juillet 1821, arrêt qui, attendu que toutes les formalités prescrites par les art. 1007 et 1008 du Code civil pour l'exécution du Testament dont il s'agit, ont été obser-

(1) *Ibid.*, tome 12, page 336.

vées ; que l'appelant a connu ce titre, ainsi que les ordonnances de dépôt et d'envoi en possession qui s'en sont ensuivies, par la signification qui lui en a été faite le 22 décembre 1820, et qu'il n'en a contesté, ni devant le bureau de paix, ni en première instance, soit l'écriture, soit la signature, soit la teneur, confirme le jugement dont est appel, « sauf à » Guillaume à poursuivre lui-même, ainsi » qu'il avisera, la vérification de l'écriture et » signature qu'il allégue aujourd'hui méconnaître ».

Guillaume Grailhe se pourvoit en cassation contre cet arrêt, et l'attaque comme violant les art. 1315, 1328 et 1324 du Code civil, ainsi que les art. 193, 194 et 195 du Code de procédure.

Son recours est d'abord admis par la section des requêtes; mais porté à la section civile, il y est rejeté par arrêt contradictoire, du 28 décembre 1824, au rapport de M. Botton de Castellamonte,

« Attendu qu'aux termes des art. 1006 et 1008 du Code civil, le légataire universel, dans le cas où il n'y a pas d'héritier à réserve, est saisi de plein droit par la mort du testateur, sans être tenu de demander la délivrance, et à la charge seulement, si le Testament est olographe ou mystique, de se faire envoyer en possession;

» Attendu que la dame Villa, légataire universelle, était en possession de droit, et avait été mise en possession de fait par ordonnance du vice-président du tribunal de Rhodes, lorsque Guillaume Grailhe, héritier naturel, a déclaré méconnaître l'écriture et la signature du testateur; que par conséquent ledit Grailhe, qui n'était saisi de rien, parcequ'il n'avait droit à aucune réserve, en attaquant le titre de la dame Villa, s'est constitué demandeur, et comme tel, s'est obligé de droit à établir et justifier sa demande; qu'il suit de là qu'en décidant (et surtout alors qu'il n'existait aucun reproche grave et qu'il n'était allégué aucune circonstance particulière qui pût porter évidemment atteinte au caractère du titre apparent, déclaré exécutoire, dont se prévalait la dame Villa) que c'était audit Guillaume Grailhe qu'il incombait de faire vérifier l'écriture et la signature qu'il n'avait méconnues qu'en cause d'appel, et long-temps après que le Testament, le procès-verbal de présentation et d'ouverture, et les ordonnances de dépôt et de mise en possession lui avaient été dûment notifiés, la cour royale de Montpellier a fait une juste application à l'espèce des art. 1006 et 1008 du Code civil, et de la règle de droit, *actori incumbit onus probandi* (1) ».

Cet arrêt, je l'avoue, a ébranlé, à la première lecture que j'en ai prise, l'opinion que je m'étais précédemment formée sur la question qu'il juge; mais après y avoir profondément réfléchi, je crois n'en devoir pas moins persister dans cette opinion.

Pour rejeter le recours en cassation de Guillaume Grailhe, la cour suprême s'est fondée sur deux motifs principaux : l'un qu'elle a puisé dans les principes généraux de droit, l'autre, qu'elle a tiré des circonstances particulières de la cause.

En droit, a-t-elle dit d'abord, c'est sur l'héritier collatéral *ab intestat* que doit peser, après l'ordonnance d'envoi en possession, tout le fardeau de la preuve directe de la fausseté du Testament olographe, 1° parcequ'e le légataire universel est légalement saisi de la succession par l'art. 1006 du Code civil; 2° parcequ'en vertu de l'art. 1008 du même Code, l'ordonnance d'envoi en possession a joint en sa faveur la saisine de fait à la saisine légale; 3° parcequ'en déniant l'écriture et la signature du Testament olographe, l'héritier *ab intestat*, qui n'est saisi de rien, se constitue nécessairement demandeur, et par conséquent se soumet à la règle générale, *actori incumbit onus probandi*.

Mais que signifie la première de ces raisons, considérée à part et isolée des deux autres? Oui, le légataire universel est saisi légalement de la succession par l'art. 1006, lors même que c'est par un Testament olographe qu'il est institué. Mais en disposant ainsi, l'art. 1006 dispense-t-il le légataire universel de la vérification de l'écriture et de la signature du Testament olographe? Non, évidemment non, puisque ce n'est que par cette vérification que peut être établie l'existence du titre présenté par le légataire universel, et que bien certainement c'est par le légataire universel que doit être prouvée directement l'existence du titre sur lequel il fonde sa qualité. C'est d'ailleurs ce qu'a jugé formellement l'arrêt de la cour de cassation du 13 novembre 1816, rapporté ci-dessus, n° 1.

La seconde raison n'est pas plus concluante. Chargé par la nature des choses, de la preuve directe du fait que le Testament sur lequel il fonde sa qualité, est l'ouvrage du défunt auquel il l'attribue, le légataire universel ne peut en être libéré par une ordonnance qu'il obtient, non seulement sans contradiction de

(1) Journal des audiences de la cour de cassation, année 1825, page 6.

la part des héritiers *ab intestat*, mais le plus souvent à leur insçu et sans qu'ils aient aucun moyen d'en être informés.

La troisième raison est plus spécieuse ; mais soumise au creuset de l'analyse, que devient-elle ? A côté de la règle qui charge tout demandeur de la preuve directe du fait qui sert de base à sa demande, il en est une autre qui charge tout défendeur de la preuve directe du fait qui sert de base à son exception ; et ces deux règles ne sont que le corollaire d'une règle plus générale, écrite dans la loi 2, C. *de probationibus*, et suivant laquelle *ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat.* Cela posé, il n'est pas douteux que les héritiers collatéraux *ab intestat* ne soient tenus de prouver directement le fait qui sert de base à l'action en délaissement de la succession, qu'ils intentent contre le légataire universel institué par un Testament olographe dont ils ne reconnaissent pas l'écriture, et envoyé en possession par une ordonnance de justice. Mais ce fait, quel est-il ? Est-ce le fait que le Testament olographe est écrit d'une autre main que celle du défunt ? Point du tout : c'est le fait qu'ils sont les plus proches parens du défunt, et qu'en cette qualité, ils sont saisis de sa succession par la loi. Il faut donc qu'ils apportent la preuve de ce fait, s'il est contesté. Mais ce fait une fois prouvé ou reconnu, que doit faire le légataire universel pour repousser leur action ? Il doit prouver le fait qui peut seul servir de base à sa défense ; et ce fait, c'est qu'il existe un Testament olographe par lequel le défunt, en l'instituant à l'exclusion des héritiers *ab intestat*, leur a ôté la saisine légale et la lui a déférée. Or, pour prouver que ce Testament existe en effet, lui suffit-il de produire une pièce qui en porte le nom et en a l'apparence ? Non sans doute, il faut qu'il prouve que cette pièce constitue un véritable Testament, et par conséquent qu'elle est entièrement écrite, datée et signée de la main du défunt.

Mais, dit-on, la saisine des héritiers *ab intestat* est effacée par celle que la loi défère au légataire universel ; et, dès-lors, les héritiers *ab intestat* ne peuvent plus la prendre pour base de leur demande. Il ne reste donc plus, pour justifier leur demande, que le fait de la non-écriture du Testament olographe par le défunt.

C'est comme si l'on disait : « toute créance est éteinte par la quittance sous seing-» privé qu'en donne le créancier ; donc, » lorsqu'à la demande en paiement d'une » créance consentie par un titre authentique, » le débiteur oppose une quittance sous seing-» privé, ce n'est pas sur celui-ci que doit tomber la preuve de la vérité de la quittance, » c'est au contraire sur le créancier que doit » retomber la preuve du fait que la quittance » est fausse ».

En voilà sans doute assez pour détruire le premier motif de l'arrêt qui a rejeté le recours en cassation de Guillaume Grailhe. Le second était-il mieux fondé ?

De ce que Guillaume Grailhe n'avait pas déclaré devant le bureau de paix, ne pas reconnaître l'existence du Testament olographe que lui opposait sa sœur, et qu'elle lui avait fait notifier quelques jours auparavant ; de ce qu'il ne l'avait pas méconnue davantage en première instance, on pouvait bien conclure, ou qu'à ces époques, il n'avait pas encore pris inspection de l'original du Testament déposé chez le notaire, ou qu'il avait encore des doutes sur la main qui en avait tracé l'écriture. Mais inférer de là qu'il était censé avoir reconnu le Testament, alors qu'on ne l'avait pas même encore interpellé de le reconnaître, c'était attribuer à son silence un effet que lui refusaient la raison et la loi 142, D, *de regulis juris* (1).

Y avait-il plus de logique dans l'argument que l'on tirait contre lui de ce qu'entre le moment où une copie de Testament olographe lui avait été notifiée, et le moment où il avait déclaré, en cause d'appel, ne pas reconnaître l'écriture de l'original, il s'était écoulé un an ou environ ? Non, évidemment non. Il pouvait bien résulter de cette prolongation de son silence, une présomption quelconque en faveur de son adversaire ; mais cette présomption n'était pas assez forte pour faire fléchir le principe d'après lequel son adversaire devait être chargé de la preuve directe. Que dirait-on d'un débiteur qui, après avoir déposé chez un notaire une quittance sous seing-privé de son créancier, et en avoir notifié une copie à ses héritiers, viendrait ensuite prétendre que, par le silence que ceux-ci ont gardé pendant un an ou deux, ils ont reconnu la vérité de cette pièce, et que, par conséquent, c'est à eux à en prouver la fausseté ? Bien certainement on ne l'écouterait pas. « Si nous nous sommes » tûs aussi long-temps (lui répondaient les » héritiers), c'est, ou parceque telles et telles » circonstances nous ont empêché de nous » transporter plutôt chez le notaire entre les » mains duquel était déposée votre prétendue » quittance, et de nous mettre, par là, à por-» tée de l'examiner ; ou parcequ'après l'avoir » examinée, il nous a fallu beaucoup de recher-» ches pour nous procurer des pièces de com-

(1) *V.* l'article *Interpellation*, n° 2.

» paraison à l'aide desquelles nous pussions en » apprécier le mérite ; mais notre silence ne » peut pas faire retomber sur nous une vérifi- » cation que la loi met à votre charge ». Eh bien ! Guillaume Grailhe pouvait répondre et répondait effectivement la même chose à la dame Villa. Il n'y avait donc rien à conclure contre lui du silence dans lequel il s'était renfermé pendant une année ou environ.

Du reste, c'était bien vainement que la légataire universelle se prévalait de ce que Guillaume Grailhe n'avait pas formé opposition à l'ordonnance d'envoi en possession, et de ce que, par là, cette ordonnance était passée en force de chose jegée. La cour de cassation n'a tenu aucun compte de ce moyen. Et en effet, où est-il écrit qu'un acte judiciaire, dans lequel je n'ai été ni partie ni appelé, puisse, sans mon acquiescement formel, acquérir l'autorité de la chose jugée ? Nulle part. Je puis sans doute y former opposition, mais c'est pour moi une faculté et non pas un devoir. *V.* l'art. 100 du Code civil et les conclusions du 2 germinal an 10, rapportées dans mon *Recueil de questions de droit*, aux mots *Chose jugée*, §. 11, n° 1.

VI. L'héritier *ab intestat* peut-il, en formant opposition à l'ordonnance d'envoi en possession, sur le fondement qu'il méconnaît l'écriture et la signature du défunt, empêcher que les scellés ne soient levés sans inventaire ?

Oui sans doute. Empêcher que les scellés ne soient levés sans inventaire, n'est, de la part de l'héritier *ab intestat*, qu'une mesure conservatoire. Or, qui peut douter que l'héritier *ab intestat* qui méconnaît l'écriture et la signature du Testament olographe par lequel il est dépouillé d'une succession, ne puisse faire, en attendant que la justice ait prononcé définitivement, tous les actes nécessaires à la conservation de ses droits ? Il le pourrait sans difficulté, si, en reconnaissant l'écriture et la signature du défunt, il se bornait à arguer le Testament de nullité, soit dans la forme, soit au fond ; et à plus forte raison le peut-il lorsque, par sa déclaration de ne pas reconnaître l'écriture et la signature du défunt, il rend douteuse jusqu'à l'existence même du Testament.

C'est ce qui a été, en effet, jugé dans l'espèce que voici :

Le 16 mars 1809, décès de la demoiselle Dejouy, laissant un Testament olographe par lequel Marie-Louise Duresse, femme Contant, attachée à son service, est instituée sa légataire universelle.

Le 17 avril suivant, ordonnance du président du tribunal de première instance de Coulommiers, qui, sur le vû de l'expédition de ce Testament, déposé précédemment chez un notaire en vertu d'une première ordonnance, et attendu que la testatrice n'a laissé ni descendant ni ascendant, envoye la femme Contant et son mari en possession des biens de la demoiselle Dejouy.

Le sieur Noël Dejouy, héritier *ab intestat*, informé par la rumeur publique du décès de sa parente et du Testament qui s'est trouvé dans ses papiers, se transporte chez le notaire dans les minutes duquel a été fait le dépôt de cet acte ; et n'y reconnaissant pas l'écriture de la prétendue testatrice, il prend le parti de faire apposer les scellés et de former opposition à l'ordonnance du 17 avril.

La femme Contant et son mari, après l'avoir cité en conciliation, le font assigner en main-levée des scellés.

Le sieur Dejouy répond à cette demande par des conclusions tendantes à ce qu'ils soient tenus de vérifier l'écriture et la signature du Testament, et à ce que provisoirement les scellés soient maintenus et l'ordonnance d'envoi en possession rapportée.

Le 4 mai 1809, jugement par lequel,

« Vû les art. 1006 et 1008 du Code civil ;

» Considérant que, des dispositions de ces deux articles il résulte que le légataire universel est saisi par la mort du testateur, qui, dans le cas seulement où le Testament est olographe ou mystique, est tenu de se faire envoyer en possession par une ordonnance du président ; ce qui exclud toute idée de reconnaissance d'écriture préalable avec aucun parent du défunt ;

» Considérant que le légataire universel saisi ne peut être dépouillé que par un jugement qui annulerait le Testament ; que la nullité ne peut être prononcée que sur une demande qui, comme principale, doit être formée à domicile, après essai préalable de la conciliation ; que la vérification d'écriture n'est qu'un moyen justificatif de la demande en nullité, et que la réception de l'opposition à l'ordonnance du président, ne doit être que la conséquence de la nullité du Testament ;

» Considérant, en fait, que la femme Contant, instituée légataire universelle de la demoiselle Dejouy, a été envoyée en possession de la succession de cette dernière, dans la forme voulue par la loi, avant l'apposition des scellés ; que Noël Dejouy, non-seulement n'a pas demandé la nullité du Testament de ladite demoiselle Dejouy, qu'il n'a pas même provoqué la conciliation à cet égard ;

» Qu'ainsi, la demande en reconnaissance d'écriture et son opposition à l'ordonnance du président sont prématurées;

» Le tribunal, sans avoir égard à la demande de la femme Contant et de son mari, fait main-levée pure et simple des scellés apposés.... ».

Mais sur l'appel de Noël Dejouy, arrêt du 11 août 1809, par lequel,

« Attendu qu'un Testament olographe dont l'écriture est contestée, est soumis à la vérification comme tout autre acte sous signature privée; et qu'en ce cas, les choses étant encore entières, l'héritier a le droit de provoquer tous les actes conservatoires, notamment l'apposition des scellés;

» Attendu que les premiers juges étant saisis de la demande en main-levée des scellés, et le Testament olographe étant contesté, ils n'ont pu ordonner l'exécution provisoire de leur jugement, qui peut devenir irréparable en définitive;

» La cour (d'appel de Paris) met l'appellation et ce dont est appel, au néant; émendant....., avant faire droit sur l'opposition dudit Dejouy à l'ordonnance d'envoi en possession de la succession dont il s'agit, rendue.... le 17 avril dernier, ordonne que, conformément à l'art. 196 du Code de procédure civile, vérification sera faite de l'écriture du Testament.... (1) ».

VII. Q'aurait-on dû juger dans l'espèce précédente, si la femme Contant et son mari, au lieu d'insister sur leur ridicule demande en main-levée pure et simple des scellés, avaient, en consentant qu'il fût dressé un inventaire complet et régulier des papiers et effets de la succession, demandé que l'administration et la possession des biens de la testatrice leur fussent provisoirement conservées jusqu'au jugement à intervenir sur la vérification du Testament olographe?

La question aurait dépendu des circonstances.

Dans l'espèce rapportée ci-dessus, n° 1, la cour d'appel de Toulouse avait ordonné par son arrêt du 31 août 1813, que le sieur Auguste Gounon, à la fois héritier légitime et héritier institué par plusieurs Testamens publics antérieurs au Testament olographe qu'on lui opposait, demeurerait en possession de l'hérédité pendant l'instance en vérification de l'écriture et de la signature de celui-ci; et le sieur Lafont a vainement attaqué cet arrêt comme contraire aux art. 1007 et 1008 du Code civil: le moyen de cassation qu'il tirait de cet article, a été rejeté par l'arrêt contradictoire du 13 novembre 1816, « Attendu que » les articles invoqués qui saisissent le légataire universel institué par un Testament » olographe, ne disposent que dans la supposition légale de la sincérité dudit Testament, » et ne font aucun obstacle à ce que cette sincérité ne puisse être contestée et refusée alors » que la sincérité du Testament est méconnue » et soumise à une vérification préalable ».

Mais si, dans cette espèce, l'héritier institué par le Testament olographe, eût obtenu, préalablement à toute contestation sur l'écriture et la signature de cet acte, une ordonnance d'envoi en possession de l'hérédité, et qu'il n'eût résulté des circonstances aucune présomption qui lui fût défavorable, il aurait dû obtenir l'administration provisoire; et l'arrêt qui la lui aurait accordée, aurait résisté à toute attaque.

Le 12 novembre 1815, les sieurs Lesouef et consorts, héritiers *ab intestat* de Marie-Anne Duflo, décédée la veille, font apposer les scellés sur les papiers et effets de sa succession.

Le 15 du même mois, le sieur Robin présente au président du tribunal de première instance du Havre, un paquet cacheté en forme de lettre, sur lequel sont écrits ces mots: *a M. Louis Robin, marchand drapier à Angerville, pour être ouvert après ma mort.*

Le président ouvre ce paquet, y trouve un Testament qui institue le sieur Robin légataire universel, en constate l'état et en ordonne le dépôt chez un notaire.

Le 17, autre ordonnance du président qui, sur la requête du sieur Robin à laquelle est jointe une expédition du Testament, « attendu qu'il est articulé que la testatrice n'a » laissé aucun héritier auquel une quotité de » ses biens soit réservée par la loi; d'après » les art. 1007 et 1008 du Code, envoie le » sieur Robin en possession du legs universel » à lui fait par la demoiselle Duflo, conformément à la loi ».

Le 5 décembre suivant, les scellés sont reconnus et levés à la requête du sieur Robin, en présence des héritiers *ab intestat;* et il est procédé, contradictoirement avec eux, à un inventaire qui n'est clos que le 5 janvier 1816.

En ce moment, les héritiers *ab intestat*, qui, jusqu'alors, ne s'étaient pas encore expliqués sur l'écriture et la signature du Testament olographe, déclarent ne pas les reconnaître, et en conséquence, formant opposition à l'ordonnance du président, du 17 no-

(1) Jurisprudence de la cour de cassation, tome 10, page 139.

vembre 1815, ils demandent à être réintégrés provisoirement dans l'administration et la possession des biens de la succession.

Le 9 février 1816, jugement qui, leur accordant acte de leur opposition, les déclare quant à présent non-recevables dans la demande qu'ils y ont jointe, « attendu que, par » le Testament olographe dont il s'agit, Robin » a été institué légataire universel; que, par- » mi les héritiers de la demoiselle Duflo, il n'y » en a aucun à qui la loi réserve une quotité » de ses biens; qu'ainsi, Robin, en sa qualité, » a été, par la mort de la testatrice, saisi de » plein droit, sans être tenu de demander » aucune délivrance; que seulement, aux » termes de l'art. 1008 du Code civil, il a dû » se faire envoyer en possession par ordon- » nance du président; que le Code, dans ses » dispositions, en saisissant de plein droit, » dès le moment du décès, par le seul fait de » l'existence de l'acte, le légataire universel, » et en donnant exécution à cet acte, établit » au moins en sa faveur une présomption lé- » gale qui le maintient virtuellement, jusqu'à » ce que, par des preuves et autres moyens » de droit, on soit parvenu à l'anéantir; qu'il » ne suffit donc pas, pour l'invalider (à la dif- » férence des actes ordinaires sous seing- » privé, auxquels la loi n'accorde aucune » créance que préalablement ils n'aient été » reconnus ou vérifiés) d'une simple déclara- » tion de ne pas reconnaître la signature ».

Appel de la part des héritiers *ab intestat*; et le 28 mars de la même année, arrêt de la cour royale de Rouen, qui met l'appellation au néant, « vu les art. 1004, 1006, 1007 et » 1008 du Code civil, et attendu que Robin, » légataire, s'est conformé aux dispositions » des art. 1007 et 1008, en obtenant du juge » l'envoi en possession; que, de droit, par le » vœu de ces divers articles, de fait, par l'or- » donnance du juge, il a été constitué en » bonne et valable possession; que, dans cet » état de choses, si les lignagers de la demoi- » selle Duflo prétendent contester le Testa- » ment, *ils se constituent demandeurs; que,* » *dès lors, il leur incombe d'agir et d'établir* » *le mérite de leur contestation;* qu'en at- » tendant, la provision est due au titre, et » que, dans l'espèce, le Testament revêtu de » l'ordonnance du juge, forme le titre; que » ce serait donc déroger au vœu de la loi que » de priver le légataire de la saisine ».

Les héritiers *ab intestat* se pourvoient en cassation contre cet arrêt, et le dénoncent comme violant, par une fausse application des art. 1006 et 1008 du Code civil, les art. 1324 et 724 du même Code.

D'une part, disent-ils, d'après l'art. 1324, les héritiers *ab intestat* ne sont tenus ni d'avouer ni de contester l'écriture du Testament olographe qui les dépouille; ils peuvent se borner à déclarer qu'ils ne la reconnaissent pas; et alors, c'est au légataire universel à la vérifier.

D'un autre côté, aux termes de l'art. 724, *les héritiers légitimes*, même en ligne collatérale, *sont saisis de plein droit des biens, droits et actions du défunt.*

Et il résulte évidemment de la combinaison de ces deux articles, que le légataire universel, institué par un Testament olographe dont l'écriture est méconnue par les héritiers *ab intestat*, ne peut disputer à ceux-ci la saisine de la succession, tant qu'il n'a pas fait procéder à la vérification de son titre.

Qu'importe que, dans l'espèce, le légataire universel ait été envoyé en possession des biens de la défunte par une ordonnance du président du tribunal? Cette circonstance pourrait peut-être justifier l'arrêt attaqué, si l'ordonnance du président n'eût été rendue qu'après la *méconnaissance* de l'écriture du Testament par les héritiers légitimes. Il y aurait alors quelque prétexte pour dire que le président, en rendant son ordonnance sans appeler ni entendre les héritiers légitimes, pouvait savoir *personnellement* (1) qu'ils méconnaissaient l'écriture du Testament; que ne s'étant pas arrêté à leur *méconnaissance*, il l'a trouvée dépourvue d'apparence de fondement; et que par conséquent son ordonnance forme contre eux un préjugé, un titre provisoire qui doit suffire pour les exclure de la possession des biens pendant le litige. Mais ici, ce prétexte manque absolument, puisque l'envoi en possession a été obtenu avant que les héritiers légitimes eussent méconnu les prétendues dernières dispositions de leur parente. Eh! Comment, en pareil cas, l'ordonnance du président formerait-elle, pour le légataire universel, un titre provisoire et suffisant pour le maintenir dans la possession des biens, jusqu'à ce qu'il eût vérifié l'écriture et la signature de la défunte? Ce serait supposer que le président a apprécié mentalement leur méconnaissance qui n'existait pas encore; supposition qui se détruit elle-même par son absurdité.

Sur ces moyens, arrêt de la section des requêtes, qui admet le recours en cassation des sieurs Lesouef et consorts.

Mais l'affaire portée à la section civile, le sieur Robin prouve clairement que l'arrêt de

(1) *V.* ci-dessus, art. 5, n°4.

la cour royale de Rouen n'a violé, ni l'art. 1324, ni l'art. 724 du Code civil; qu'il n'a point violé l'art. 1324, puisqu'il ne juge pas, du moins par son dispositif, qui est seul soumis à la censure de la cour suprême, que le légataire universel soit dispensé par l'ordonnance d'envoi en possession, de la nécessité de vérifier l'écriture et la signature de la testatrice; qu'il n'a point violé l'art. 724, puisque l'héritier légitime en ligne collatérale ne peut se prévaloir de cet article qu'à défaut de Testament instituant un légataire universel; que, dans le cas contraire, ce n'est plus l'art. 724, mais l'art. 1006 qui doit servir de règle: que, suivant ce dernier article, le légataire universel du testateur décédé sans héritier à réserve, est saisi de plein droit de la succession; que, pour donner effet à sa saisine, la loi ne l'assujétit pas à vérifier préalablement l'écriture et la signature du Testament; qu'elle l'assujétit seulement à obtenir du président du tribunal, une ordonnance qui l'envoie en possession des biens; et que, cette formalité remplie, la saisine ne peut plus lui être enlevée que par un jugement qui déclare le Testament nul ou non existant.

« C'est en vain (ajoute-t-il) qu'on parle des dangers auxquels seraient exposés les héritiers du sang, si le légataire universel pouvait, en vertu d'un Testament olographe argué de faux, retenir provisoirement les biens de la succession; c'est au juge qu'il appartient exclusivement d'apprécier ces dangers; et lorsqu'ils sont à craindre, lorsque de graves présomptions s'élèvent contre la sincérité du Testament dont l'exécution lui est demandée, le président du tribunal peut, il doit même, dans sa sagesse, refuser au légataire l'ordonnance d'envoi en possession.

» Quant à la distinction que les demandeurs en cassation ont cherché à établir entre le cas où l'ordonnance du président du tribunal a précédé et le cas où elle a suivi la méconnaissance du Testament, outre qu'elle est repoussée par le texte de la loi qui n'en admet aucune, il est évident qu'elle n'a pu entrer dans la pensée du législateur. Les héritiers légitimes qui auront conçu des doutes sur la fidélité du Testament qui les dépouille, ne négligeront sans doute aucun des moyens propres à éclairer, sur ce point, la religion du président du tribunal; et il est tout naturel que ceux qui seront en retard, ne puissent imputer qu'à eux-mêmes le résultat de leur négligence et de leur incurie; *vigilantibus, non dormientibus jura subveniunt*».

Par arrêt du 2 février 1818, au rapport de M. Legodinec, sur les conclusions conformes de M. l'avocat-général Joubert, et après un délibéré en la chambre du conseil,

« Attendu que, suivant l'art. 1006 du Code civil, le légataire universel, institué même par un Testament olographe, est saisi de plein droit par la mort du testateur, sans être tenu de demander la délivrance, lorsqu'il n'y a pas d'héritiers auxquels une quotité des biens soit réservée par la loi; que l'art. 1007 indique les formalités auxquelles le législateur a voulu que fût soumis tout Testament olographe, avant d'être mis à exécution, et qu'elles ont toutes été remplies dans l'espèce; que, par l'art. 1008 spécialement, le légataire universel, institué par un Testament olographe, est tenu de se faire envoyer en possession par une ordonnance du président, mise au bas d'une requête à laquelle doit être joint l'acte de dépôt du Testament; qu'il suit de ces divers articles, que la loi établit, en faveur du légataire universel, une saisine de droit, et qu'il peut prendre celle de fait, en vertu d'une simple ordonnance d'envoi en possession rendue sur sa seule requête et sans avoir besoin de délivrance; que, si, dans quelques circonstances, et lorsque la gravité des reproches dirigés contre le Testament, paraîtrait porter évidemment atteinte au caractère de ce titre apparent, le juge, aux lumières et à la prudence duquel l'appréciation des faits est laissée par la loi, peut en suspendre les effets, il n'en est pas nécessairement ainsi quand l'héritier se borne à une simple déclaration vague qu'il ne connaît pas la signature; *qu'il y a bien lieu alors à une vérification*, mais sans que le juge soit pour cela tenu, sur cette seule circonstance, de modifier ou de révoquer les effets que le titre a pu déjà légalement produire; qu'ainsi, dans l'espèce actuelle, où toutes les formalités ont été remplies, où il n'y avait pas d'héritiers à réserve, où le légataire universel était déjà en possession de droit et de fait avant la méconnaissance des héritiers, l'arrêt attaqué, en maintenant la provision en faveur du défendeur, loin de violer la loi, n'a fait qu'une juste application à l'espèce, des articles ci-dessus cités;

» La cour rejette le pourvoi.... (1) ».

S'il pouvait rester quelques doutes sur la parfaite conformité de l'importante décision consignée dans cet arrêt, avec l'esprit dans lequel ont été rédigés les art. 1006 et 1008 du Code civil, la discussion qui a eu lieu dans le conseil d'état sur le premier de ces deux articles, suffirait pour les dissiper.

(1) Journal des audiences de la cour de cassation, année 1818, page 111.

Ceux qui combattaient l'art. 1006, et voulaient maintenir l'ancienne jurisprudence des pays coutumiers, suivant laquelle le légataire universel était tenu de demander délivrance aux héritiers *ab intestat*, sans distinction entre ceux qui avaient droit a une légitime, et ceux au préjudice desquels le testateur avait pu disposer de toute sa fortune, s'attachaient principalement à justifier cette jurisprudence pour le cas où le titre du légataire universel serait un Testament olographe, c'est-à-dire, *un acte obscur, clandestin* (1) *et facile à supposer* surtout *dans les grandes villes* où il ne manque jamais de *faussaires audacieux* (2). Que leur répondait-on ?

« Il y a incomparablement, disait M. Maleville (3), plus de Testamens (vrais et) valides que de Testamens nuls. Or, ce ne sont pas les cas rares que le législateur doit prendre pour base de ses lois. Ensuite, la provision est due au titre ».

« Si l'on suspendait l'effet des actes qui peuvent être attaqués, disait également M. Portalis (4), il faudrait donc suspendre l'exécution, non-seulement des Testamens, mais encore des ventes, des donations, de presque toutes les transactions civiles.

» Mais voici les principes par lesquels on doit se déterminer.

» 1° La présomption est toujours qu'un acte est valable ; elle ne cesse que lorsque l'acte est annulé.

» 2° Cette présomption le rend exécutoire.....

» On craint l'abus qu'on pourrait faire des Testamens olographes, s'ils suffisent pour donner la saisine à l'héritier testamentaire. Cependant on est convenu, dans une autre occasion, que la forme des Testamens olographes est la plus sûre et la plus respectable ».

« On doit présumer, ajoutait M. Muraire (5), que le Testament est valable, tant que la nullité n'en est pas prononcée ».

Et qu'a décidé le conseil d'état ? Que l'ancienne jurisprudence des pays coutumiers devait céder, pour le cas où il n'y aurait point d'héritier à réserve, à la jurisprudence des pays de droit écrit, suivant laquelle l'héritier testamentaire était saisi à l'exclusion de l'héritier *ab intestat*.

Et il n'a point excepté de cette décision le cas où l'héritier testamentaire n'aurait pour titre qu'un Testament olographe ; seulement il a voulu qu'en ce cas l'exercice de la saisine de l'héritier testamentaire fût subordonné à l'obtention d'une ordonnance d'envoi en possession. Il a donc voulu, par cela seul, que l'ordonnance d'envoi en possession conservât tout son effet, sinon tant qu'un jugement définitif et passé en force de chose jugée n'aurait pas détruit le titre d'héritier testamentaire, du moins tant que, sur des commencemens de preuve de la fausseté du Testament, fournis par l'héritier *ab intestat*, ce titre serait reconnu n'être pas assez apparent pour mériter la provision.

Mais comment accorder cette doctrine avec celle que j'ai établie sur la question traitée au n° 5 ? N'y a-t-il pas contradiction entre maintenir l'effet de l'ordonnance d'envoi en possession, nonobstant la *méconnaissance* de l'écriture et de la signature du Testament olographe, de la part de l'héritier *ab intestat*, et faire résulter de cette *méconnaissance*, pour le légataire universel, la nécessité de prouver que le Testament olographe est entièrement écrit, daté et signé de la main du testateur ? Pourquoi le Code civil n'attribue-t-il pas à la *méconnaissance* de l'écriture et de la signature du Testament olographe, l'effet de rendre comme non-avenue l'ordonnance d'envoi en possession ? Parceque *la provision est due au titre*, a-t-on dit dans la discussion de l'art. 1006. Et pourquoi la provision est-elle due au titre ? Parceque le titre est présumé vrai. Mais si le titre est présumé vrai à l'effet de maintenir le légataire universel dans la possession provisoire des biens de la succession pendant le litige, ne doit il pas aussi être présumé vrai à l'effet de rejeter sur l'héritier *ab intestat*, le fardeau de la preuve qu'il est faux ?

C'est ainsi qu'avait raisonné la cour royale de Rouen, dans son arrêt du 28 mars 1816 : « si, dans cet état de choses » (avait-elle dit dans ses motifs, en parlant de l'ordonnance d'envoi en possession obtenue par le légataire universel), « les lignagers de la demoiselle Duflo prétendent contester le Testament, ils se constituent demandeurs ; et dès-lors, *il leur incombe d'établir le mérite de leur contestation* ».

Mais la cour de cassation s'est bien gardée d'adopter ce motif ; elle a dit, au contraire, que, lorsqu'après l'ordonnance d'envoi en possession obtenue par le légataire universel, « l'héritier se borne à une simple déclaration » vague qu'il ne reconnait pas la signature, il

(1) M. Tronchet, procès-verbal du 2 ventôse an 11, tome 2, page 632.
(2) M. Jollivet, *Ibid.*, page 636.
(3) *Ibid.*, page 631.
(4) *Ibid.*, pages 633 et 634.
(5) *Ibid.* page 636.

» *y a bien lieu à une vérification*, mais sans » que le juge soit pour cela tenu, sur cette » seule circonstance, de modifier ou de révo- » quer les effets que le titre a déjà légalement » produits »; et en s'exprimant ainsi, elle a clairement fait entendre que le maintien de l'ordonnance d'envoi en possession ne change rien à la règle générale qui, en fait d'actes sous seing-privé, met la preuve directe à la charge de la partie qui les produit et s'en prévaut. Car dire, surtout en rejetant un moyen de cassation fondé sur l'art. 1324 du Code civil, qu'*il y a bien lieu à la vérification* d'un Testament olographe méconnu par les héritiers *ab intestat*, même après qu'il a reçu un commencement d'exécution par l'ordonnance d'envoi en possession des biens du défunt, c'est évidemment convenir que ce commencement d'exécution ne soustrait pas le Testament olographe à la nécessité de la vérification ordonnée par l'art. 1324 pour tous les actes privés dont l'écriture est déniée ou méconnue par ceux à qui on les oppose; c'est par conséquent décider de la manière la moins équivoque, que, nonobstant ce commencement d'exécution, la vérification du Testament olographe demeure à la charge du légataire universel.

Qu'on ne dise pas que, c'est là une contradiction, et que, puisque la présomption de vérité qui résulte, pour le Testament olographe, de l'ordonnance d'envoi en possession, suffit pour assurer la possession provisoire au légataire universel, elle doit suffire aussi pour dispenser celui ci de la vérification de ce Testament.

Qu'arrive-t-il lorsqu'assigné en validité d'une saisie-arrêt pratiquée sur lui en vertu d'un titre de créance sous-seing privé, d'après la faculté qu'en accorde l'art. 567 du Code de procédure civile, un débiteur vient soutenir que la signature apposée à ce titre, n'est pas la sienne? A coup sûr, il place le saisissant dans la nécessité de vérifier cette signature. Mais obtient-il pour cela provisoirement la main-levée de la saisie-arrêt? Point du tout. Et pourquoi ne l'obtient-il pas? Parceque, dans l'incertitude où la dénégation qu'il fait de la prétendue signature, laisse la justice sur la vérité ou la fausseté du titre en vertu duquel la saisie-arrêt a été pratiquée, les choses doivent rester provisoirement dans l'état où elles se trouvent au moment où cette dénégation a lieu; parcequ'il ne s'agit que d'une mesure conservatoire déjà prise, et qu'en fait de mesures conservatoires, déjà prises, la provision est due même au titre sous-seing privé dont l'écriture est déniée ou méconnue; parce que, pour maintenir provisoirement une pareille mesure, la loi présume que le titre est vrai, et qu'elle le présume par la double raison qu'il forme déjà par lui-même un commencement de preuve (1), et qu'il n'est pas vraisemblable qu'un prétendu créancier s'avise de pratiquer, en vertu d'un titre faux, une saisie-arrêt qui l'exposerait à des dommages-intérêts; parceque la présomption de vérité que forment en faveur du titre, et son existence matérielle et la saisie-arrêt à laquelle il a donné lieu, est assez forte pour faire maintenir cette saisie-arrêt nonobstant la dénégation faite par la partie saisie, de la signature dont le titre est revêtu, quoiqu'elle ne le soit pas pour faire fléchir, à l'avantage du saisissant, la grande règle qui impose à tout porteur d'un acte sous seing-privé, la charge d'en faire la vérification, lorsque la signature est ou désavouée ou méconnue.

Donc, par la même raison, la présomption de vérité que forme, pour le Testament olographe, l'ordonnance qui envoie le légataire universel en possession des biens de la succession, quoique trop faible pour dispenser celui-ci de la preuve directe que l'écriture et la signature méconnues par l'héritier *ab intestat*, sont celles du défunt, est cependant assez forte pour faire continuer l'exécution provisoire de cette ordonnance jusqu'au jugement définitif; et elle doit être considérée comme telle, parceque, dans l'incertitude où se trouve la justice sur la vérité ou la fausseté de l'écriture et de la signature du Testament, il n'y a pas de raison pour changer provisoirement l'état de choses qui résulte de cette ordonnance.

Donc il n'y a pas l'ombre de contradiction entre la doctrine que j'ai établie au n° 5 sur la question qui en est l'objet, et la décision donnée par la cour suprême à la question actuelle.

VIII. Comment doit être faite la vérification de l'écriture et de la signature d'un Testament olographe, lorsque l'héritier *ab intestat* refuse de les reconnaître?

C'est demander en d'autres termes si et comment on doit appliquer au cas où l'écriture et la signature d'un Testament olographe sont méconnues par l'héritier *ab intestat*, la disposition de l'art. 195 du Code de procédure civile par laquelle il est dit que, si le défendeur à la demande en reconnaissance d'une écriture privée, *dénie la signature à lui attribuée, ou déclare ne pas reconnaître celle attribuée à un tiers*, « la vérification en » pourra être ordonnée tant par titres que par » experts et témoins ».

(1) *V.* le n° suivant 2°.

Et cette question se subdivise en quatre.

1° La vérification d'un Testament olographe peut-elle être faite simultanément par experts et par témoins, ou ne peut-elle l'être que par experts?

La dispostion de l'art. 195 du Code de procédure civile est générale; elle porte, comme le prouve l'art. 193 dont elle est le développement, sur la vérification de toute espèce d'*écritures privées*. Elle est donc applicable aux Testamens olographes, ni plus ni moinsqu'aux obligations et aux quittances sous seing-privé; et dès-là, nul doute que la preuve par témoins ne puisse concourir avec la preuve par experts, à la vérification des uns comme à celle des autres.

C'est effectivement un des points jugés par l'arrêt de la cour d'appel de Colmar, du 12 juillet 1807, qui est rapporté ci-dessus, n° 1: « attendu (y est-il dit) que la vérification » d'une écriture privée peut avoir lieu *simul-* » *tanément*, par voie d'expertise et comparai- » son d'écritures, et par témoins, lorsqu'il en » existe qui sont en état d'affirmer que l'écri- » ture et la signature déniées sont véritables, » et qu'ils en ont vu écrire et signer de sem- » blables par la personne de laquelle on pré- » tend que l'acte est émané; qu'ainsi, c'est le » cas d'ordonner qu'il sera procédé à la véri- » fication dont il s'agit tant par experts que » par témoins, la minute du Testament préa- » lablement apportée au greffe de la cour ».

Il est vrai que cet arrêt a été rendu dans une affaire commencée avant la mise en activité du Code de procédure civile, et par conséquent soumise uniquement, en fait de vérification d'écritures privées, aux dispositions de l'édit du mois de décembre 1684. Mais s'il a ainsi jugé sous l'empire d'une loi qui, sans prohiber, en cette matière, le concours de la preuve par témoins avec la preuve par experts, ne l'admettait pas en termes exprès, à plus forte raison aurait-il jugé de même sous l'empire d'une loi qui admet ce concours de la manière la plus formelle et la plus générale.

Aussi, dans l'espèce dont j'ai rendu compte au même n°, le sieur Lafont a-t-il vainement attaqué l'arrêt de la cour d'appel de Toulouse, du 3 août 1813, en ce qu'il avait ordonné que l'écriture et la signature du Testament olographe dont il s'agissait, seraient vérifiées *tant par titres et par experts que par témoins*. Vainement a-t-il prétendu que cet arrêt avait violé l'art. 195 du Code de procédure civile, en cumulant trois genres de vérification qui ne pouvaient, suivant lui, être employés que successivement et dans le cas d'insuffisance du premier que l'on aurait choisi. Ce moyen de cassation a été rejeté par l'arrêt contradictoire du 13 novembre 1816, « Attendu que l'art. 195 du Code de procédure » civile, loin de défendre l'emploi simultané de la vérification par experts et de l'enquête par témoins, pour s'assurer de la sincérité d'un écrit privé, autorise au contraire » formellement ce cumul, en disposant qu'un » tel écrit pourra être vérifié *tant par titres* » *que par experts et par témoins* ».

2°. Lorsqu'en exécution du jugement qui a ordonné la vérification d'un Testament olographe tant par experts que par témoins, il n'a pas été procédé à une expertise, faute par les parties de pouvoir s'accorder sur les pièces de comparaison, la seule vérification par témoins suffit-elle pour prouver que l'écriture et la signature sont celles du défunt?

Pourquoi ne suffirait-elle pas? L'art. 195 du Code de procédure civile admet bien le concours de la preuve par experts avec la preuve par témoins, mais il ne l'exige pas, et par conséquent il se contente de l'un ou de l'autre genre de preuve. C'est ainsi que l'art. 46 du Code civil, en disant que la preuve de l'inexistence ou de la perte des registres de l'état civil, *sera reçue tant par titres que par témoins* n'est pas censé exiger le concours des titres avec les dépositions des témoins pour établir cette preuve, mais au contraire déclarer que cette preuve pourra être faite indifféremment, ou par témoins, ou par titres (1).

On a cependant prétendu qu'il n'en était pas à cet égard des Testamens olographes comme des autres actes sous seing-privé. Sans doute (a-t-on dit), dans les cas ordinaires, on peut vérifier l'écriture et la signature d'un acte privé, par un seul des trois genres de preuve admis par l'art. 195 du Code de procédure civile; mais cette faculté doit cesser, lorsqu'il s'agit d'un Testament olographe. Se contenter, en pareil cas, de la preuve testimoniale, ce serait nécessairement revenir aux Testamens oraux; car si l'on devait ajouter foi à des témoins qui diraient: *voilà le Testament que j'ai vu écrire à telle personne*, il n'y aurait aucune raison pour ne pas les croire également, lorsqu'ils diraient: *telle personne a disposé verbalement devant nous de ses biens, de telle manière, et nous a déclaré que c'était sa dernière volonté.*

Mais on pourrait faire le même raisonnement pour soutenir que la preuve par témoins

(1) *V.* l'article *État civil* (*actes de l'*), §. 2., observations sur l'art. 46 du Code civil, n° 2.

ne suffit pas seule à la vérification d'un acte ordinaire sous seing-privé. On pourrait dire aussi que se contenter de cette preuve, ce serait nécessairement admettre que des conventions purement orales dont l'objet excède 150 francs, peuvent être prouvées par témoins, puisqu'il serait aussi facile de trouver des témoins qui diraient : *voilà l'écrit que j'ai vu signer à telle personne*, que des personnes qui déclareraient que telle personne a fait devant eux telle convention verbale. Et cependant il est certain que, tout en prohibant la preuve testimoniale des conventions prétendues faites oralement pour des objets excédant 150 francs, la loi permet de prouver par témoins que tel traité sous seing-privé dont l'objet excède 150 francs, a été écrit et signé par la partie qui le désavoue ou le méconnait; pourquoi cela? Parcequ'un acte sous seing-privé forme déjà par lui-même un commencement de preuve, trop faible sans doute pour dispenser la partie qui s'en prévaut, de la vérifier en cas de dénégation, mais suffisant pour le rendre susceptible d'être corroboré par les dépositions des témoins qui affirment l'avoir vu signer, ou qui attestent des faits d'après lesquels il est impossible d'en révoquer la signature en doute.

Dès-lors, nul prétexte pour distinguer, en cette matière, le Testament olographe de l'acte sous seing-privé qui renferme une convention. Et que deviendrait, s'il en était autrement, la faculté que la loi accorde au mineur parvenu à l'âge de 16 ans, c'est-à-dire, non encore émancipé, et n'ayant encore pu signer aucun acte authentique, de tester dans la forme olographe Bien évidemment, elle ne serait pour lui qu'une illusion, puisque jamais on ne pourrait trouver, après sa mort, de pièces légales de comparaison sur lesquelles on pût asseoir une expertise.

Aussi le système de la nécessité du concours de la preuve par témoins avec la preuve par experts, pour la vérification d'un Testament olographe, a-t-il été proscrit par deux arrêts, l'un, de la cour royale de Toulouse, qui sera rapporté sur la question suivante, l'autre, de la cour royale d'Angers, dont voici l'espèce.

Le 14 mai 1817, Virginie Lemoy, encore mineure, fait un Testament olographe par lequel elle lègue à sa mère tout ce dont la loi lui permet de disposer.

Après sa mort, la dame Robin, héritière légitime dans la ligne paternelle, déclare ne pas reconnaître l'écriture de ce Testament.

Le 18 juillet 1818, jugement de tribunal de première instance de Mayenne, qui admet la veuve Lemoy à vérifier cette écriture, *tant par titres que par experts et témoins*.

La veuve Lemoy ne produit aucun titre pour faire cette vérification; elle provoque une expertise, mais faute de pièces légales de comparaison, elle ne peut mettre les experts à portée de donner leur avis; et elle se trouve en conséquence réduite à faire entendre trois témoins de l'ensemble des dépositions desquels il résulte que le Testament a été écrit par sa fille.

Cependant le tribunal de Mayenne trouve l'enquête insuffisante, et déclare le Testament nul.

Mais sur l'appel, arrêt du 5 juillet 1820, par lequel,

« Attendu que le Testament de la demoiselle Lemoy doit être exécuté, si sa régularité résulte de l'identité de l'écriture de la testatrice;

» Qu'il ne s'élève aucune présomption contre ce Testament;

« Que la vérification de l'écriture peut être faite par tous les genres de preuve indiqués par l'art. 195 du Code de procédure civile;

» Qu'à défaut de pièces de comparaison authentiques ou convenues entre les parties pour procéder à la vérification d'écriture par la voie des experts, il faut consulter avec soin le résultat des témoignages qui ont été fournis dans le sens de l'art. 211 du même Code;

» Que les témoins entendus dans l'enquête, jouissent de la meilleure réputation, et qu'on ne peut leur attribuer aucun intérêt personnel;

» Que l'un d'eux a vu la demoiselle Lemoy écrire en sa présence le Testament dont il s'agit, et en a reconnu l'original dépose chez le notaire, pour être le même qu'il a vu écrire;

» Que cette déposition est corroborée par celle des deux autres témoins qui ont vu plusieurs fois ce Testament, qui en reconnaissent l'identité, et qui déposent de faits tels qu'ils n'ont pu douter un instant que ce Testament ne fût celui que la demoiselle Lemoy avait écrit elle-même....;

» Attendu que l'art. 195 du Code de procédure civile n'oblige pas les juges à énumérer tous les genres de preuve qu'il indique;

» Qu'il laisse aux juges la faculté de s'arrêter aux preuves qui suffisent à leur conscience;

» Attendu que la faculté de tester sous la forme olographe, deviendrait souvent illusoire, si elle était toujours environnée de dif-

ficultés qui, à l'égard de plusieurs testateurs, seraient insurmontables;

» Qu'il suffit à la justice que la vérité de l'écriture lui apparaisse d'une manière certaine, pour qu'elle admette les Testamens qui lui sont produits;

» La cour met l'appellation et ce dont est appel, au néant; émendant, tient pour vérifié le Testament de la demoiselle Lemoy, et en ordonne l'exécution (1) ».

On trouvera ci-après, sur la quatrième question, deux arrêts, l'un de la cour royale de Caen, l'autre de la cour de cassation, qui vont bien plus loin encore, et confirment de plus en plus le principe que la preuve testimoniale suffit pour vérifier l'écriture et la signature d'un Testament olographe.

3° Lorsqu'un jugement a ordonné, sans contradiction de la part du légataire universel, ou même sur ses conclusions expresses, que le Testament olographe sera vérifié par experts, sans ajouter qu'il pourra l'être en même temps par témoins, et que l'expertise devient impossible par l'absence de pièces de comparaison, le légataire universel est-il encore recevable à demander la vérification par la preuve testimoniale?

Cette question s'est présentée, avec la précédente, devant la cour royale de Toulouse.

Il s'agissait d'un Testament olographe dont l'auteur était décédé en minorité, et par lequel les sieurs Legrand étaient institués légataires universels.

Les sieurs Dubois, héritiers *ab intestat*, en ayant méconnu l'écriture, les sieurs Legrand avaient demandé que la vérification en fût faite par experts; et un arrêt du 2 janvier 1817 avait, en conséquence, ordonné qu'il y fût procédé devant un commissaire sur pièces de comparaison.

Les choses en cet état, des experts sont nommés de part et d'autre; et les parties comparaissent avec eux devant le juge-commissaire. Mais les pièces de comparaison produites par les sieurs Legrand, n'étant pas authentiques, les sieurs Dubois les récusent.

Les sieurs Legrand concluent, de leur côté, à ce que ces pièces soient admises, vu l'impossibilité de s'en procurer d'autres; sinon, à ce que la vérification soit faite par témoins, conformément à l'art. 195 du Code de procédure civile.

Ordonnance du juge-commissaire qui,

« Attendu que la vérification ne peut être faite au moyen des pièces produites; que les sieurs Dubois persistent à en demander le rejet; et que ces pièces n'ont aucun des caractères déterminés par l'art. 200 du Code de procédure civile;

» Attendu d'ailleurs l'impossibilité où l'on est de se procurer d'autres pièces, puisque le testateur est mort en minorité;

» Renvoie les parties devant la cour royale, pour statuer sur la question de savoir si le Testament olographe pourrait être vérifié par témoins seulement ».

La cause portée à l'audience, les sieurs Dubois soutiennent d'abord que des témoins ne suffisent pas seuls pour vérifier un Testament olographe. Il y aurait (disent-ils) dans la législation qui nous régit, une contradiction frappante, si, d'un côté, le Testament public était soumis à des solennités nombreuses, dont l'omission entraînerait la nullité, et si, de l'autre, le Testament olographe, affranchi déjà de toutes les formalités qui auraient pu lui donner quelque authenticité, devait être considéré comme vérifié, parceque deux témoins affirmeraient qu'il est l'ouvrage de celui à qui on l'attribue.

Ils soutiennent ensuite que les sieurs Legrand sont non-recevables à demander que la vérification du Testament soit faite par témoins, après avoir conclu eux-mêmes à ce qu'elle le fût par experts; que le choix qu'ils ont fait de l'un de ces deux modes de vérification, est exclusif de l'autre; que, s'ils avaient eu l'intention de se réserver la preuve testimoniale pour vérifier l'écriture du testament, ils auraient dû l'exprimer; qu'ils ont renoncé par leur silence à ce genre de preuve; que leur renonciation spontanée élève contre eux une fin de non-recevoir insurmontable.

Mais par arrêt du 1er mars 1817,

« Attendu que les dispositions de l'art. 195 du code de procédure qui autorisent la vérification des écritures privées par experts et par témoins, doivent s'appliquer aux Testamens olographes, puisque le Testament olographe n'est qu'une écriture privée, et que le magistrat ne peut point créer arbitrairement des différences là où la loi n'en établit aucune; d'où suit la nécessité de soumettre le testament à la vérification par témoins, toutes les fois que des circonstances particulières l'exigent; que, dans la cause actuelle, la difficulté que le demandeur en vérification a jusqu'à présent éprouvée pour se procurer des pièces de comparaison contre lesquelles le défendeur n'aurait rien à objecter, rendent la vérification par témoins indispensable, parceque l'on ne peut pas imputer au demandeur

(1) *Jurisprudence de la cour de cassation*, tome 23, partie 2, page 17.

de la négligence pour se procurer des pièces de comparaison, vu que le testateur étant mort en minorité, était trop jeune pour qu'il eût occasion, ou de laisser des corps d'écriture authentique, ou d'apposer sa signature à des actes publics;

» Attendu encore que la fin de non-recevoir proposée par les sieurs Dubois, contre la demande en vérification par témoins, faite par les sieurs Legrand, sous prétexte que cette demande n'avait pas été formée primitivement, et que les sieurs Legrand avaient fait leur option pour la vérification du testament dont il s'agit, par pièces de comparaison, ne saurait être accueillie, parceque la demande en vérification par témoins n'est qu'un nouveau moyen qui peut être proposé en tout état de cause; et ensuite, parceque l'art. 195 laissant au magistrat la faculté d'ordonner, ou cumulativement, ou successivement, l'emploi des trois genres de preuve autorisés par cet article, ainsi que cela a été décidé par la cour de cassation et par plusieurs cours souveraines, le consentement donné par les sieurs Legrand à ce que l'on procédât à la vérification du testament dont il s'agit, par pièces de comparaison, ne peut pas leur être opposé comme fin de non-recevoir, pour les empêcher de demander aujourd'hui la vérification par titres et par témoins, vu l'insuffisance de celle par pièces de comparaison;

»Vu d'ailleurs que cette dernière vérification n'était pas encore épuisée, lorsque les sieurs Legrand ont formé leur demande supplétive; que toutes les choses étaient entières; et que la vérification par comparaison d'écriture, n'avait encore donné aucun résultat d'où les sieurs Dubois pussent prendre droit; c'est donc le cas d'ordonner qu'il sera procédé par témoins;

» La cour, sans s'arrêter à la fin de non-recevoir proposée par les sieurs Dubois, ni à leurs autres exceptions dont elle les a démis et démet, admet les sieurs Legrand à procéder à la vérification ordonnée par l'arrêt du 2 janvier dernier, pardevant le même commissaire y délégué, tant par titres que par témoins qui déclareront s'ils ont vu écrire, dater et signer l'écrit en question, et affirmeront que la pièce dont il s'agit, est évidemment la même qu'ils ont vu écrire, dater et signer.... ; sauf la preuve contraire (1) ».

4° Lorsque le rapport des experts et l'enquête se trouvent en opposition sur le point de savoir si l'écriture et la signature d'un testament olographe sont celles du prétendu testateur, que doit faire le juge?

Il devrait sans contredit se déterminer d'après le rapport des experts, s'ils s'agissait d'une matière où la loi indique l'expertise comme moyen spécial de vérifier le fait contesté; et là s'appliquerait l'arrêt de la cour de cassation, du 7 mars 1808, qui décide que, dans le cas réglé par l'art. 17 de la loi du 22 frimaire an 7, concernant les droits d'enregistrement, le rapport des experts lie le juge (1).

Mais il n'en est pas ainsi de l'expertise qui a pour objet la vérification de l'écriture et de la signature d'un acte sous seing-privé: bien loin de l'indiquer comme moyen spécial, l'art. 195 du code de procédure civile permet de l'ordonner simultanément avec la preuve par titres et la preuve par témoins; et d'un autre côté, l'art. 323 déclare en termes exprès que « les juges ne sont point astreints à suivre l'avis » des experts, si leur conviction s'y oppose ». Il est donc clair que, dans le cas dont il s'agit, les magistrats peuvent laisser de côté le rapport des experts et s'attacher uniquement au résultat de l'enquête; et voici un arrêt de la cour de cassation qui le décide ainsi formellement:

Le 19 mars 1816, jugement du tribunal de première instance de Valogne, qui, sur la déclaration des sieurs Orry et Franchomme, héritiers *ab intestat* du sieur Dubrissay, de ne pas connaître l'écriture et la signature d'un testament olographe de celui-ci, en date du 20 avril 1807, par lequel il aurait institué sa femme légataire universelle, ordonne que cette signature et cette écriture seront vérifiées par trois experts-écrivains, devant un juge commis à cet effet.

L'expertise a lieu, et la conclusion en est que le testament n'est ni écrit ni signé de la main du défunt.

La cause reportée à l'audience, sur la demande des héritières *ab intestat* en entérinement du rapport des experts, la veuve Dubrissay offre de prouver par témoins qu'à différentes époques, et devant plusieurs personnes, son mari a manifesté l'intention de laisser tous ses biens à sa femme, et a déclaré avoir réalisé cette intention.

Le 30 août de la même année, jugement par lequel, considérant ces faits comme inconcluans et inadmissibles, le tribunal rejette la preuve offerte par la veuve Dubrissay, entérine le rapport des experts, et déclare le Testament nul.

Mais, sur l'appel, arrêt de la cour royale de Caën, du 2 avril 1817, qui, avant faire

(1) *Ibid.*, tome 23, part. 2, pages 16 et 17.

(1) *V.* l'article *Enregistrement* (*droit d'*) §. 29, n°.

droit, admet la veuve Dubrissay à la preuve des faits articulés par elle en première instance, sauf la preuve contraire, et ordonne une nouvelle expertise.

Les nouveaux experts confirment, par leur rapport, celui des premiers; mais la veuve Dubrissay prouve complètement, par son enquête, les faits à la preuve desquels elle a été admise.

En conséquence, arrêt définitif, du 19 août 1818, qui, vu l'art. 323 du code de procédure civile, écarte les deux rapports d'experts, déclare que le Testament dont il s'agit, est écrit, daté et signé de la main du sieur Dubrissay, et en ordonne l'exécution.

Les héritiers *ab intestat* se pourvoient en cassation contre ces deux arrêts.

Ils attaquent le premier, comme appliquant à faux l'art. 195 du code de procédure civile, lequel, suivant eux, n'a en vue, lorsqu'il permet la preuve testimoniale concurremment avec la preuve par expertise, que les actes sous seing-privé ordinaires, et ne peut être etendu aux Testamens olographes, que par une contravention formelle au principe que c'est du Testament même que doit sortir la preuve de la volonté du testateur, sans qu'on puisse, dans aucun cas, la chercher ailleurs.

Et par suite de ce système (que j'ai suffisamment réfuté en traitant la deuxième question), ils attaquent le second arrêt comme appliquant à faux l'art. 323 du même code. L'expertise, disent-ils, étant le seul mode légal de preuve de l'écriture et de la signature d'un Testament olographe, elle forme, en cette matière, comme pour le cas réglé par l'art. 17 de la loi du 22 frimaire an 7, un *moyen spécial* de vérifier le fait contesté; et par conséquent elle lie le juge, ainsi que l'a décidé la cour de cassation par son arrêt du 7 mars 1808.

De pareils moyens de cassation étaient évidemment insoutenables; aussi la section des requêtes les a-t-elle rejetés par arrêt du 2 août 1820, au rapport de M. Rousseau,

« Attendu qu'aux termes des art. 165 et 211 du code de procédure civile, la vérification d'écriture peut être ordonnée tant par titres que par experts et par témoins;

» Qu'il en résulte, et très-explicitement encore de l'art. 323 du même code, qu'il est laissé aux lumières et à la conscience des juges, suivant leur conviction et d'après l'appréciation des actes, de l'avis des experts et des déclarations des témoins, de faire prévaloir la preuve qui leur paraît résulter de quelques-uns des moyens entrepris plutôt que des autres;

» Qu'ainsi, la cour royale, en déclarant, sur le vu des pièces, faits et circonstances du procès, l'enquête de la veuve Dubrissay préférable à la preuve entreprise par les demandeurs, et en jugeant en conséquence le Testament dont il s'agit, vérifié, loin de violer aucune loi, n'a fait que se conformer à celle de la matière ».]]

Art. VII. *Les Testamens olographes dont l'écriture et la signature sont reconnues par les héritiers* ab intestat, *ou tenues pour telles, font-ils foi de leur date, et peut-on les considérer comme authentiques?*

I. Cette question peut se présenter dans plusieurs cas.

Par exemple, dans la coutume de Normandie, il faut que le testateur survive trois mois à ses dispositions, pour qu'elles aient leur effet (1). Un Testament olographe qui n'a point été déposé chez un notaire trois mois avant la mort du testateur, est-il, pour cela, nul et caduc?

Un particulier est interdit pour cause de démence ou de prodigalité, [[ou tombe en démence sans être interdit (2), il se voue à la profession monastique par des vœux solennels dans les pays où ils sont encore reconnus par la loi]]; en un mot, il devient incapable de tester. Après son changement d'état, il paraît un Testament olographe qui est daté d'un temps antérieur: ce Testament est-il valable?

[[Un mineur a disposé de ses biens par un Testament olographe daté d'une époque à laquelle il avait l'âge requis pour tester: ses héritiers *ab intestat* peuvent-ils contester la date de ses dispositions, et soutenir qu'il les a faites à un âge où elles lui étaient encore interdites?

Enfin, le Code civil ne permet de reconnaître les enfans naturels que par des actes authentiques: peut-on les reconnaître par des Testamens olographes?]]

II. L'ordonnance de 1735 s'est occupée de la première branche de cette question; mais elle ne l'a résolue que pour l'un des cas qui en sont l'objet. Elle porte, art. 21, « que, lorsque » ceux ou celles qui auront fait des Testamens, » codicilles ou autres dispositions olographes, » voudront faire des vœux solennels de reli-

(1) *V.* ci-après, n° 3.

(2) On a vu plus haut, sect. 1, §. 1, art. 1, que la démence, même non suivie d'interdiction, emporte l'incapacité de faire un Testament.

» gion, ils seront tenus de reconnaître lesdits » actes pardevant notaires, avant que de faire » lesdits vœux; sinon, lesdits Testamens, co» dicilles ou autres dispositions, demeureront » nuls et de nul effet ».

Cette disposition ne concerne, comme l'on voit, que les Testamens olographes faits par des personnes qui depuis se sont engagées par des vœux solennels dans l'état monastique; mais ne doit-elle pas être étendue par analogie à tous les Testamens faits dans la même forme, par des personnes qui ont été précédemment ou sont devenues depuis incapables de tester?

[[Oublions qu'elle est devenue sans objet en France par l'abolition des vœux solennels de religion, et qu'elle serait d'ailleurs, à cet égard, abrogée par la loi du 30 ventôse an 12; et raisonnons comme si elle était encore dans toute sa vigueur.

En faisant cette disposition, le législateur savait très-bien que quelques coutumes exigeaient, pour la validité d'un Testament, que le testateur survécût un certain temps à ses dispositions; et la preuve en est qu'il a expressément parlé de ces coutumes dans les art. 74 et 75.

Il savait encore mieux, s'il est possible, que les mineurs ne pouvaient tester qu'à un certain âge, et que la capacité de tester se perdait par l'interdiction ou la démence subséquente.

A qui donc persuadera-t-on que, s'il eût voulu que les Testamens olographes des personnes dont la capacité eût pu ne commencer que depuis la confection de ces actes, ou cesser après, ne fissent pas foi par eux-mêmes de leur date, il se fût contenté de dire, dans l'art. 21, que telle était sa volonté par rapport aux Testamens olographes des futurs religieux? Est-ce par inattention ou par oubli qu'il a ainsi limité cet article? Non assurément. L'a-t-il ainsi limité parceque les Testamens olographes des futurs religieux étaient les seuls qui l'occupaient dans son ordonnance? Encore moins: son ordonnance porte sur les Testamens olographes de toutes les personnes indistinctement. Comment donc pourrait-on appliquer ici la loi 12, D. *de legibus*, et dire avec elle que les actes législatifs ne pouvant pas comprendre tous les objets un à un (*non possunt omnes articuli singillatim aut legibus aut senatus-consultis comprehendi*), le juge doit les étendre par analogie aux objets auxquels leur esprit est évidemment applicable (*cùm in aliquâ causâ sententia eorum manifesta est, is qui jurisdictioni præest ad similia procedere atque ità jus dicere debet*)?

Et n'est-ce pas au contraire, le cas d'en revenir à la maxime, *qui de uno dicit de altero negat; inclusio unius est exclusio alterius*?

D'une part, point d'extension d'une loi d'un objet à un autre, lorsqu'il n'y a pas une parfaite analogie entre l'objet qu'elle règle et l'objet dont elle ne s'occupe pas. Or, l'ordonnance de 1735 avait-elle, pour ôter aux Testamens olographes ordinaires, la vertu de faire foi de leur date, le même motif que pour l'ôter aux Testamens des religieux? Il est évident que non. C'est parceque elle a craint les antidates, qu'elle n'a pas voulu que les Testamens olographes des religieux fissent, par eux-mêmes, foi de leur date; et cette crainte était certainement bien fondée de la part d'hommes qui, survivant et pouvant survivre long-temps à l'ouverture de leur succession, auraient pu, pendant 30 ans, dépouiller leurs héritiers *ab intestat* par des Testamens qu'ils auraient fait paraître tout à coup, et porter ainsi le trouble dans leurs familles. Mais si l'on doit convenir que le danger des antidates a aussi lieu dans les Testamens olographes d'hommes qui ayant été successivement et pendant un très-court espace de temps, capables et incapables de tester, cessent de vivre au moment où s'ouvre leur succession, on doit convenir aussi qu'il est infiniment moindre, et que les inconvéniens auxquels il donnerait lieu, s'il se réalisait, seraient sans comparaison plus légers.

D'un autre côté, pour qu'on puisse étendre par analogie une loi du cas pour lequel le testateur l'a faite, à un cas qu'il n'a point réglé, il faut que cette loi soit conforme aux principes généraux de la matière qui en est l'objet; et lorsqu'elle est contraire à ces principes, toute extension en est sévèrement prohibée: *quod contrà rationem juris introductum est, non est producendum ad consequentias*, dit la loi 14 du titre cité, au digeste.

Or, n'est-elle pas contraire aux principes la disposition de l'art. 21 de l'ordonnance de 1735 qui veut que le Testament olographe d'un futur religieux ne fasse pas, par lui-même, foi de sa date?

Sans doute lorsque l'écriture d'un Testament olographe est méconnue par l'héritier *ab intestat*, la date en est incertaine; mais pourquoi? Parceque l'existence du Testament olographe l'est elle-même. Mais lorsque l'écriture du défunt est reconnue, ou qu'à défaut de reconnaissance volontaire, elle est vérifiée en justice, comment la date n'en serait-elle pas aussi certaine que le contexte? Comment pourrait-on nier l'une, tandis que l'on est forcé de reconnaître l'autre?]]

Pesons bien les termes de l'art. 289 de la

coutume de Paris : *Pour réputer un Testament solennel, il est nécessaire qu'il soit écrit et signé de la main du testateur*..... La coutume qualifie donc le Testament olographe de *solennel* ; elle ne le considère donc pas comme un acte sous seing-privé (1).

Et en effet, par cela seul qu'elle confie au testateur, et son autorité pour disposer, et un caractère pour rédiger ses dispositions, elle le tire de la classe des simples particuliers ; elle l'érige en législateur, en ministre de sa propre loi, en officier public, dans cette partie. Or, les principes veulent qu'on regarde les actes faits par des personnes publiques, comme des preuves inaltérables de ce qu'ils contiennent. Où peut donc être la raison de douter de la vérité de la date d'un Testament olographe, tant qu'il n'est point prouvé légalement que cette date n'est pas vraie (2) ?

Une autorité bien précise confirme cette doctrine ; c'est celle de Ricard, *Traité des donations*, part. 1, n° 1560 :

[[Ce jurisconsulte, se roidissant contre la jurisprudence de son temps qui dispensait les Testamens olographes de la formalité de la date, soutenait que cette formalité y était nécessaire ni plus ni moins que dans les Testamens par acte public ; et sur quoi fondait-il son opinion, consacrée depuis par l'ordonnance de 1735 et par le Code civil ? Écoutons le lui-même :

« Il n'y a point de raison de vouloir distin» guer à ce sujet les Testamens olographes » d'avec les autres, puisqu'ils ne requièrent pas » moins la capacité du testateur dans le temps » qu'ils sont faits, que ceux qui sont passés » pardevant des personnes publiques ; de sorte » qu'il y a aussi nécessité de savoir le temps » auquel le Testament a été fait, *pour recon*» *naître si le testateur était alors en âge de* » *pouvoir tester*, ou s'il n'y avait point *quel*» *qu'autre empêchement* en sa personne, » comme aussi la date et le lieu où le testateur » a fait son Testament, doivent faire juger sa » validité et si *les lois qui s'observent dans les* » *lieux où il a testé, permettent de faire un* » *Testament olographe* ».

C'était donc précisément pour constater que le testateur était capable de disposer à l'époque où il avait fait son Testament en forme olographe, que Ricard voulait, comme l'ont expressément exigé depuis l'ordonnance de 1735 et le Code civil, que ce Testament fût daté. Comment prétendre, d'après cela, qu'un pareil Testament ne fait pas foi de la date qu'il porte, et qu'il ne doit être censé avoir été rédigé qu'au moment qui a précédé la mort du testateur ? N'est-ce pas dire, en d'autres termes, que la formalité de la date prescrite si impérieusement par l'ordonnance de 1735 et le Code civil, n'a aucun but et qu'elle est illusoire ?

Mais, objecte-t-on, le testateur n'est il pas maître d'antidater le Testament qu'il écrit lui-même ? Et quelle est la garantie de ses héritiers *ab intestat* contre le mensonge qu'il peut se permettre à cet égard ?

Ricard va répondre lui-même à cette objection : « il ne faut pas (ce sont ses termes) que » l'on objecte que le testateur étant le maître » absolu d'un Testament de cette qualité, » puisqu'il dépend uniquement de sa plume, » il ne tient qu'à lui d'y donner telle date » que bon lui semble ; parceque, *outre que* » *les lois et le public ne doivent jamais sup*» *poser une fausseté dans les établissemens* » *qu'ils font*, d'ailleurs il importe même, » pour prévenir les fausselés et les suggestions, » qui est le seul sujet pour lequel les forma» lités ont été introduites dans les Testamens, » que la date y soit maintenue ; parceque c'est » la principale voie par laquelle les supposi» tions peuvent être évitées, arrivant souvent » que c'est la date qui sert de lumière et de » boussole pour découvrir ce qu'il y a de vi» cieux dans un Testament. ».]]

Quelques jurisconsultes, tout en souscrivant à cette doctrine, croient devoir la limiter par deux exceptions : premièrement, disent-ils, elle est bien vraie, quand le testateur est décédé en possession de son état ; mais elle ne peut pas s'appliquer au cas où, avant de mourir, le testateur a perdu la capacité de tester. En second lieu, ajoutent-ils, que la date d'un Testament qui a paru du vivant du testateur, soit incontestable, rien de plus juste ; mais il en doit être autrement, si le Testament n'a paru que postérieurement au décès.

Sur quoi sont donc fondées ces exceptions ? Admettre la première, c'est donner un effet rétroactif à la perte de l'état ; car, sur quel autre moyen établirait-on la nullité du Testament de celui qui a perdu la capacité de tester ? Or, cette proposition résiste à toutes les maximes et à l'équité naturelle. Tous les textes de droit, tous nos auteurs décident que l'incapacité survenue au testateur, par quelque

(1) [[J'ai prouvé à l'article *Filiation*, n° 8, que l'art. 270 du Code civil est rédigé dans le même esprit.]]

(2) [[*V.* la partie des conclusions de M. l'avocat-général Gilbert de Voisins, sur le Testament de M. de Pommereuil, qui est rapportée ci-dessus, art. 2 et mes conclusions du 22 messidor an 11, rapportées dans mon *Recueil de Questions de droit*, aux mots *Testament conjonctif*, §. 2.]]

accident naturel, n'empêche point son Testament d'avoir une entière exécution (1).

En second lieu, où a-t-on vu que, pour donner une date certaine au Testament olographe, il faut qu'il ait paru avant le décès du testateur? Ni l'ordonnance de 1735, ni les coutumes, [[ni le Code civil,]] n'exigent cette condition; l'écriture et la signature du testateur font toute la solennité du Testament olographe; elles suffisent donc pour en rendre la date certaine.

Cette condition d'ailleurs répugnerait à la nature des Testamens: il est, en quelque sorte, de leur essence, surtout quand ils sont olographes, de ne paraître qu'après le décès du testateur; c'est pour assurer le secret des dispositions de celui-ci, que cette forme de tester a été introduite: serait-il bien conséquent d'en subordonner la validité à une condition qui en changerait le caractère?

Mais, dit-on, avant l'ordonnance de 1735, un arrêt du parlement de Paris, du 6 février 1673, rapporté au *Journal du Palais*, avait jugé que le Testament fait par une novice était nul par cela seul qu'il n'avait paru qu'après la profession de la testatrice. Donc la disposition de l'art. 21 de l'ordonnance est puisée dans le droit commun; donc il faut la regarder comme générale, et l'appliquer à tous les cas du même genre.

Mais l'arrêt de 1673 n'a été rien moins que rendu en thèse; et sans l'ordonnance de 1735, qui en a généralisé la décision pour tous les Testamens faits par des novices, deux circonstances le feraient nécessairement renfermer dans l'espèce qu'il a jugée:

L'une est que, depuis la profession de la religieuse et la date de son Testament, jusqu'au jour où il l'avait paru, il s'était écoulé cinq années, sans qu'on apportât d'autre cause de ce retardement, que la volonté de la religieuse;

L'autre circonstance est que la religieuse était toujours demeurée saisie de son Testament, et par conséquent maîtresse de le supprimer. Le célèbre Fourcroy, qui défendait les légataires, eut beau employer toute la force et toutes les ressources de sa logique, pour établir la validité de l'acte; on jugea, et tout le monde le sent, qu'une religieuse qui conserve son Testament pendant cinq années de profession, et ensuite le rend public, dispose en quelque façon de nouveau de ses biens, et cela dans un temps où elle en est incapable. On sent encore que, de l'espace de cinq années, pendant lequel il n'était survenu aucune cause de retardement, il devait résulter de justes soupçons contre l'acte.

Cet arrêt ne juge donc rien de général; et il y en a d'autres qui décident le contraire en point de droit.

Un héritier soutenait, dans la coutume de Normandie, que le Testament dont il demandait la nullité, était antidaté, et qu'il avait été fait dans les trois mois de survie. Il exposait des présomptions qui tendaient à le faire penser ainsi, et demandait permission de les fortifier par la preuve testimoniale. Par arrêt du 21 juin 1622, rapporté dans le commentaire de Basnage, sur l'art. 422, le parlement de Rouen a ordonné purement et simplement l'exécution du Testament.

Le 28 juin 1700, la dame d'Auvergne fait, à Paris, un Testament olographe, par lequel elle dispose de toute sa succession. Le lendemain 29, elle fait profession. Deux mois après, le 22 août, le sieur Maingny va déposer ce Testament chez Savalette, notaire, sans dire depuis quel temps il lui avait été remis. L'acte de dépôt est simple et sans aucun détail. Le Testament est contesté. Sentence du châtelet, en 1712, au rapport de M. Le Febvre de La Malmaison, qui le déclare valable, et cette sentence est exécutée (1).

Christophe Millon avait été interdit. Après sa mort, il parut un Testament olographe dont la date remontait à un temps antérieur à la sentence d'interdiction. Les héritiers le soutinrent nul par différens moyens, notamment par le défaut d'authenticité de la date, et parcequ'il avait été, selon eux, copié sur un projet suggéré. Une sentence du châtelet, du 29 mai 1717, le déclara effectivement nul. Sur l'appel, la cause fut plaidée à la quatrième chambre des enquêtes, et mise en délibéré. *Messieurs opinèrent d'abord pour la validité du Testament olographe*; mais s'étant fait apporter la minute par Guesdon, notaire, ils reconnurent *qu'il avait été copié, et par conséquent suggéré à une personne âgée*; et en conséquence, il intervint arrêt du 12 août 1719, qui confirma la sentence (2).

[[La question s'est représentée sous le Code civil, dans trois espèces différentes; et elle a été jugée dans toutes de la même manière qu'elle l'avait été précédemment.

Il s'agissait, dans la première espèce, du Testament du sieur Micault de Courbeton, décédé en état de démence, mais sans avoir été interdit, le 10 août 1809.

(1) V. l'article *Révocation de Testament*.

(1) Brillon, au mot *Testament* n° 12.

(2) *ibid.*

Ce Testament était daté du 1er avril précédent. Le marquis de Vérac, qui était institué légataire universel, avait obtenu l'envoi en possession des biens du défunt, et en avait joui paisiblement pendant plusieurs années.

Le 15 juillet 1817, la dame Quarré de Villers, héritière *ab intestat*, le fait assigner devant le tribunal de première instance du département de la Seine, pour voir dire que le Testament sera déclaré nul, comme surpris par captation, dans un moment où le testateur était en état de démence, et au besoin révoqué, aux termes de l'art. 1046 du Code civil, pour cause d'ingratitude et d'injures graves.

Le marquis de Vérac répond que les faits articulés pour établir la démence à l'époque du 1er avril 1809, date du Testament, ne sont ni pertinens ni admissibles; que la preuve de la démence du testateur, à l'époque de son décès, est sans influence sur la validité de ses dernières dispositions, et par conséquent non-recevable; et que, quant aux faits de captation et d'ingratitude, ils sont à la fois dénués de vraisemblance et complètement démentis par des pièces qu'il produit.

Le 20 juin 1820, jugement qui, adoptant ces moyens de défense, déboute la dame Quarré de Villers de sa demande.

Sur l'appel de ce jugement, la dame Quarré de Villers s'inscrit en faux contre le Testament, et articule, pour moyens de faux, des faits tendant à établir que certains mots de cet acte ne sont pas écrits de la main du testateur, et que d'autres sont falsifiés.

Le 23 juillet 1821, arrêt de la cour royale de Paris qui rejette les moyens de faux; « attendu, en ce qui touche l'articulation de » faux, que des élémens déjà constans dans » la cause, des pièces produites et même des » demandes originaires de la dame de Villers, » il résulte des indices suffisans de la vérité » des écriture et signature du Testament dont » il s'agit; et en ce qui touche l'articulation » de falsification, que les faits articulés ne » sont pas de nature à opérer la preuve de la » falsification alléguée ».

Les choses en cet état, la dame Quarré de Villers soutient que le Testament olographe étant un acte sous seing-privé, n'a de date certaine que du jour du décès; que c'est donc à cette époque qu'il faut s'attacher pour apprécier la capacité du testateur; qu'il est constant, en fait, que le sieur de Courbeton était en état complet de démence au moment de sa mort; qu'ainsi, le Testament est nul.

Elle ajoute qu'en supposant que le Testament olographe ne doive pas, en ce qui concerne la certitude de sa date, être entièrement assimilé à un acte sous seing-privé ordinaire, on ne peut pas du moins lui attribuer, pour cet objet, la même force qu'à un acte authentique; qu'ainsi, il peut, à cet égard, être impugné par une preuve contraire; et elle offre de prouver que le 1er avril 1809 n'est pas la véritable date du Testament, qu'il a été fait à une époque plus rapprochée de la mort du testateur, et qu'à cette époque, la démence de celui-ci était complète.

Mais par arrêt du 17 juin 1822, sur les conclusions conformes de M. l'avocat-général Jaubert,

« Considérant, quant aux faits de démence, que LA DATE CERTAINE du Testament est du 1er avril 1809, qu'il ne contient aucune disposition qui puisse faire supposer la démence du testateur; que les élémens de la cause, et notamment les précédens Testamens de Micault de Courbeton et ses écrits sur la gestion de ses affaires, établissent suffisamment qu'à ladite époque du 1er avril 1809, il était capable de tester, et que les faits articulés par l'appelante, ne sont pas de nature à détruire la preuve déjà existante.....;

» Et adoptant, au surplus, les motifs des premiers juges, la cour met l'appellation au néant (1) ».

Dans la seconde espèce, le sieur N...., septuagénaire, avait été interdit pour cause d'aliénation d'esprit et d'imbécillité, par un jugement rendu le 9 décembre 1818, sur une demande formée le 28 octobre précédent; et il était mort dans cet état, le 30 novembre 1819.

Le lendemain, le sieur Kerselaers présente au tribunal de première instance de Louvain, un Testament olographe, daté du 20 février 1817, par lequel le défunt l'institue son légataire universel; et il obtient en conséquence, quelques jours après, une ordonnance du président qui l'envoie en possession des biens.

Les héritiers *ab intestat* attaquent ce Testament par divers moyens, dont l'un consiste à dire que, n'ayant été ni enregistré, ni mentionné dans aucun acte authentique avant l'interdiction du testateur, il n'a point de date certaine, et par conséquent ne prouve point qu'il ait été fait à une époque antérieure au jugement qui avait constitué le défunt dans l'incapacité de tester.

Le 18 mai 1821, jugement qui rejette ce moyen, « attendu que le Testament olographe » écrit, daté et signé par le testateur, est va-

(1) Jurisprudence de la cour de cassation, tome 23, partie 2, page 33.

» lable ; que l'effet de cette validité est qu'il » fasse foi de son contenu, et par suite de sa » date qui en est une partie essentielle ».

Appel, et après de longues plaidoiries, arrêt de la cour supérieure de justice de Bruxelles, du 21 juin 1822, par lequel,

« Attendu que, d'après l'art. 970 du Code civil, le Testament olographe est valable, lorsqu'il est écrit en entier, daté et signé de la main du testateur ;

» Que la loi, en prescrivant des formalités particulières pour les Testamens olographes, a pris en considération l'objet de l'acte, qui consiste à établir d'une manière incontestable la volonté du testateur ; d'où suit que l'observation de ces formalités assure cet effet à l'acte ; qu'ainsi, il fait foi de son contenu, y compris la date qui en fait une partie essentielle ; que c'est sur ces principes que sont fondés les art. 1007 et 1008 dudit Code ; que, d'après ces articles, le Testament olographe étant déposé chez un notaire, quoique les héritiers du sang puissent le combattre, le légataire universel est envoyé en possession ; et ainsi, le Testament qui peut néanmoins être attaqué, reçoit cependant son exécution, parce qu'il fait foi de son contenu ;

» Qu'on ne peut opposer au Testament olographe les dispositions de l'art. 1328 du Code civil, qui portent que les actes sous seing-privé n'ont de date contre les tiers, que du jour de leur enregistrement, du jour de la mort d'un des signataires, ou du jour que leur substance a été constatée par un acte authentique, parceque cet article, qui se trouve dans le titre *des contrats ou des obligations conventionnelles*, ne peut être étendu aux Testamens olographes, dont la matière est distincte de celle des obligations conventionnelles ; et que le législateur a traité l'une et l'autre dans des titres séparés, en traçant, pour chacune d'elles, des règles et des formes qui leur sont propres ;

» Que, d'ailleurs l'application de cet article au Testament olographe, ne lui donnerait pas une date fixe, ainsi que le prescrit ledit art. 970, mais seulement que, lors des circonstances mentionnées dans cet article, le Testament existait déjà ;

» Que, de ce qui précède, il résulte que le législateur a tiré les Testamens olographes hors de la classe des actes sous seing-privé ordinaires, et qu'il l'a fait pour tous les cas, puisque la loi ne renferme aucune distinction ;

» D'où il suit ultérieurement que, si le testateur a été mis en interdiction, et que, pendant le temps de son interdiction, il ait été privé de la capacité de tester, cette circonstance seule ne suffit pas pour que le Testament olographe cesse de faire foi de tout son contenu et de sa date, de manière à obliger le légataire ou héritier institué à prouver autrement que par le Testament, la sincérité de sa date, sauf à l'héritier du sang à prouver que le Testament n'a pas été fait à la date qu'il porte, mais qu'il a été fait pendant le temps que le testateur était dans l'incapacité de tester, et obtenir ainsi les effets des art. 502 et 503 du Code civil.....;

» Par ces motifs, M. Destoop, avocat-général entendu, et de son avis, la cour met l'appel au néant, ordonne que, quant à ce, le jugement dont est appel, sera exécuté selon sa forme et teneur (1) ».

La troisième espèce avait une grande analogie avec la seconde.

Le 2 avril 1820, jugement qui interdit le comte Courtaurel de Rouzat, pour cause de démence, remontant au mois de septembre 1819.

Après sa mort, arrivée le 3 avril 1821, il se trouve un Testament olographe, du 5 mars 1819, par lequel le quart de ses biens est légué à son fils aîné.

La veuve, tutrice d'un enfant du second lit, attaque ce Testament, et soutient qu'il doit être considéré comme fait par un incapable, puisqu'il n'a point de date certaine, et que dès-là, il doit être réputé postérieur à l'interdiction.

Mais, par arrêt du 20 janvier 1824, la cour royale de Riom le déclare valable,

« Attendu, en ce qui touche le défaut de capacité du testateur, qu'on fait résulter de l'interdiction du sieur de Rouzat père, et de l'incertitude prétendue de la date du Testament olographe dont il s'agit, que le Testament porte la date du 5 mars 1819 ; que l'interdiction n'a été prononcée que le 12 avril 1820 ; que, suivant la délibération du conseil de famille, le dérangement mental qui a conduit à l'interdiction, n'aurait eu lieu que sept mois avant ladite interdiction ; que, dès-lors, au temps du Testament (posé que sa date soit hors d'attaque), le sieur de Rouzat avait la faculté de disposer ;

» Attendu qu'un testateur, investi du droit d'être seul ministre de l'acte solennel contenant ses dispositions testamentaires, lorsqu'il prend la voie du Testament olographe, en atteste légalement la date, comme l'attestent un notaire et ses témoins, si le Testament est

(1) Annales de Jurisprudence de M. Sonfourche-Laporte, 1822, tome 2, page 1.

nuncupatif ou écrit ; tellement que le Testament olographe qui porte une date postérieure à celle d'un Testament pardevant notaire, révoque celle-ci, si les dispositions qu'il renferme, sont incompatibles avec celles du Testament olographe, et si, du reste l'écriture et la signature sont reconnues être celles du testateur, comme elles sont au cas présent (1) ».

Enfin, ce qui met le sceau à la jurisprudence consacrée par ces trois arrêts, c'est que, d'une part, il n'en existe aucun qui la contrarie, et que, de l'autre, les deux premiers ont triomphé des recours en cassation dont ils avaient été frappés.

La dame Quarré de Villers a attaqué celui de la cour royale de Paris du 17 juin 1822, comme violant l'art. 1328 du Code civil, en ce qu'il avait attribué au Testament olographe du sieur Courbeton, une autre date que celle du décès du testateur, et n'avait pas même admis la preuve de l'antidate.

« L'art. 1328 (a-t-elle dit) décide d'une manière générale que les actes sous seing-privé n'ont de date à l'égard des tiers, que du jour du décès de ceux qui les ont souscrits et dans les autres cas énoncés en cet article. Dès-lors, on ne peut faire une exception pour les Testamens olographes. C'est un point de jurisprudence pour jamais établi que ces Testamens ne sont que des actes sous seing-privé, dont l'écriture peut être méconnue, sans qu'il soit besoin de recourir à la voie de l'inscription de faux ; que les héritiers légitimes doivent être envoyés en possession de préférence aux héritiers institués par le Testament, s'ils n'en reconnaissent pas l'écriture, sauf l'examen ultérieur ; dès-lors, les Testamens olographes ne peuvent faire par eux-mêmes foi de leur date.

» Mais, objecte-t-on, le Testament olographe est un acte solennel ; le législateur a érigé, pour ainsi dire, le testateur en officier public, en ministre de la loi.

» Qu'entend-on et que doit-on entendre par *acte solennel* ? C'est celui qui est fait suivant les formes ou les solennités requises ; en ce sens, tous les actes sous seing-privé écrits en entier, datés et signés de la main de ceux qui les ont souscrits, sont des actes solennels. Prétendra-t-on que la date de ces derniers devient par elle-même certaine à l'égard des tiers ? A quel titre celle du Testament olographe mérite-t-elle plus de confiance ? Pour être solennel, le Testament olographe n'est pas un acte authentique ; il n'offre aucune des garanties que présente celui qui est rédigé par un officier public, en présence de témoins. D'ailleurs en admettant pour un instant que le Testament olographe, en règle générale, fasse foi de sa date, lorsqu'il n'en résulte aucun danger, cette opinion devrait être repoussée lorsque le testateur est en démence. Ce serait dans ce cas, offrir à l'incapacité une sorte d'émancipation, une sauvegarde à la fraude, un moyen à l'antidate. Il y a plus : l'antidate est présumée, et la preuve en doit être aussi facilement admise que celle de la fraude et de la captation elle-même.

» La date, dit-on dans le système opposé, n'est exigée que pour faire connaître si le testateur, au temps où le Testament a été fait, avait ou non la capacité de tester ; cette date devient donc inutile, si le Testament n'en fait pas foi.

» Ce raisonnement vient échouer contre l'évidence de la nature des choses. Il est certain que les raisons d'incertitude sur la date des Testamens, sont les mêmes pour les Testamens olographes que pour les autres actes sous seing-privé ; le testateur est toujours libre d'antidater son Testament. Si, à l'époque où il dispose de ses biens, il est frappé de mort civile ou de toute autre incapacité, il dépend de lui, par l'effet de l'antidate, de faire un acte pour lequel il n'a plus d'habileté. On ne peut supposer que la loi ait voulu autoriser la fraude et les moyens d'éluder ses dispositions.

» On invoque les coutumes de Paris et de Normandie ; mais ces coutumes sont inapplicables, puisqu'elles avaient cessé d'être en vigueur antérieurement à la cause. D'ailleurs, la coutume de Paris, en réputant solennel le Testament olographe, ne lui attribuait pas des effets différens de ceux des autres actes, et ne lui accordait pas une plus grande confiance. La coutume de Normandie, en exigeant que le Testament olographe fût fait trois mois avant le décès, dans la vue de lui donner une garantie, n'aurait pas atteint ce but, s'il eût porté avec lui-même la certitude de sa date ; car le testateur, au moyen de l'antidate, pouvait rendre cette garantie inutile et insuffisante. Au surplus, cette coutume n'a pas eu en vue le cas où le testateur, postérieurement à la date de son Testament, tomberait en démence. Elle a dû supposer que, dans ce cas, il n'y avait plus lieu de croire à la réalité de la date, et qu'on devait supposer que l'on avait abusé de l'état du testateur pour lui arracher un Testament qui n'était pas l'œuvre de sa volonté.

» Enfin, on oppose l'opinion de Ricard qui pense qu'il n'y a aucune différence à faire en-

(1) Jurisprudence de la cour de cassation, tome 24, partie 2, page 277.

tre les Testamens olographes et les autres Testamens, relativement à leur date; qu'il y a pour tous nécessité de savoir en quel temps ils ont été faits, pour connaître si le testateur avait ou non la capacité voulue par la loi. Serait-ce donc parcequ'il y a nécessité de savoir en quel temps un testament olographe a été fait, que l'on ne doit pas le distinguer du Testament authentique? Mais c'est précisément parceque ce fait est important, qu'on a dû être plus sévère sur le moyen de le constater. Or, n'est-il pas évident que, dans un Testament authentique, aucun doute ne peut s'élever sur la date, parcequ'elle est attestée par un officier public et des témoins; tandis que, dans le Testament olographe, il n'y a qu'incertitude, parceque la date dépend de la seule volonté du testateur. L'opinion de Ricard avait pour objet de démontrer la nécessité de la formalité de la date; son vœu a été rempli par l'ordonnance de 1735. N'est-il pas étrange que, pour repousser une attaque de fraude, on puisse se prévaloir des précautions et des dispositions prises dans la vue de la prévenir ou de la réprimer »?

Tous ces raisonnemens, que je ne rapporte ici que pour faire voir que la cause de la dame Quarré de Villers a été aussi bien défendue qu'elle pouvait l'être, ont échoué devant les principes qui avaient dicté l'arrêt contre lequel ils étaient dirigés. Par arrêt du 29 avril 1824, au rapport de M. Ligier de Verdigny, conformément aux conclusions de M. l'avocat-général Joubert, et après un délibéré en la chambre du conseil, la section des requêtes a rejeté le recours en cassation de la demanderesse, « attendu que celui qui, dans un acte » en forme de Testament, commande à l'avenir et dispose pour un temps où il ne sera » plus, exerce en quelque sorte la puissance législative, ce qui a fait dire à la loi romaine : » *disponat testator et erit lex*; qu'en conséquence, la loi place momentanément le testateur dans la classe des fonctionnaires » publics; d'où il résulte qu'il imprime l'authenticité à la date qu'il donne à son Testament; qu'au surplus, la force des choses » conduirait seule à cette conséquence; qu'en » effet, lorsqu'une personne a laissé plusieurs » Testamens, si leur date ne faisait pas foi » par elle-même, auquel de ces différens actes » attribuerait-on l'authenticité (1) »?

L'arrêt de la cour supérieure de justice de Bruxelles, du 21 juin 1822, a été également attaqué par la voie de cassation devant les première et troisième chambres de la même cour, suivant la forme provisoirement établie dans le royaume des Pays-Bas, par l'arrêté rappelé au mot *Cassation*, §. 9; et il l'a été par des moyens qui rentraient, à beaucoup d'égards, dans ceux qui avaient été inutilement employés contre l'arrêt de la cour royale de Paris, du même mois et de la même année. Voici l'analyse qu'en présentent les rédacteurs de la *jurisprudence de la cour supérieure de justice de Bruxelles*, année 1825, tome 1er, pages 221 et suivantes :

« Dans l'économie du droit civil, disait-on, il n'y a que deux sortes d'actes : l'acte authentique et l'acte sous seing-privé. La loi ne reconnaît point d'acte mixte, participant à la fois de l'acte public et de l'acte privé. L'acte authentique est clairement défini par l'art. 1317 du Code civil; c'est *celui qui a été reçu par officiers publics, ayant le droit d'instrumenter dans le lieu où l'acte a été rédigé et avec les solennités requises*. Tout acte qui ne rentre pas dans les termes de cette définition légale, n'est pas un acte authentique, c'est un acte sous signature privée. Or, la définition de l'art. 1317 ne convient nullement au Testament olographe. Donc le Testament olographe est un acte privé.

» Soit, dit l'arrêt attaqué; mais c'est un acte privé d'une nature différente des actes privés ordinaires.

» Sur quoi cette distinction est-elle basée? La loi n'en dit rien, et toute l'économie du Code civil y résiste. On le répète, le législateur ne reconnaît point d'acte mixte. Toutes les règles d'interprétation s'opposent à ce que l'on crée une distinction de cette nature. Si elle eût été dans la pensée du législateur, il l'eût sûrement exprimée, comme étant contraire aux principes du droit commun et en opposition avec les dispositions générales du Code. Ainsi, le Testament olographe n'est point une créature mixte; c'est un acte privé, soumis aux règles générales tracées pour cette espèce d'acte. Or, c'est un point constant de droit et de jurisprudence, que l'acte sous signature privée ne fait pas foi de sa date, même contre les héritiers ou ayant-cause de celui auquel on l'attribue, *toutes les fois qu'il peut y avoir eu fraude à la loi sur la capacité*. Plusieurs arrêts ont reconnu ce principe, en matière d'interdiction, de faillite et autres.

» Mais, dit-on, l'acte sous seing-privé ordinaire est valable sans date; et le Testament olographe est nul, s'il n'est daté; le législateur a eu des raisons pour prescrire la date sous peine de nullité, et ce ne peut être que pour établir, par ce moyen, la capacité au moins

(1) Journal des audiences de la cour de cassation, année 1824, page 190.

présumée du testateur ; autrement, la date serait superflue.

» La date d'un Testament olographe est très-importante, même dans le système des demandeurs en cassation; sans cela, comment faire dans le concours de plusieurs Testamens? La date sert encore à s'assurer de la capacité du testateur, lorsqu'il ne peut y avoir lieu de soupçonner raisonnablement qu'il y a fraude, par exemple, sous le rapport de la majorité. Voilà les raisons pour lesquelles la loi exige la date dans un Testament olographe. Mais on prête au législateur une intention qu'il n'a pas eue, en concluant de la nécessité de la date à la fixité de la date. Est-il possible de croire que, si telle eût été la volonté du législateur, il n'en eût pas fait une disposition expresse ? Non seulement il ne l'a point dit, mais il ne l'a point voulu, parcequ'il eût ouvert la porte à mille fraudes. Il savait que la seule possibilité de la fraude rend au moins la capacité douteuse; et qu'une bonne législation ne doit pas sanctionner les dernières volontés de l'homme, s'il est incertain qu'il ait eu le droit de les prescrire. Il savait combien la surprise est facile à l'égard d'un interdit, et que par suite il serait toujours douteux que le Testament de celui-ci, quoique portant une date antérieure à l'interdiction, fût bien réellement l'expression de sa volonté.

» On oppose les inconvéniens : on dit que, si le système des demandeurs en cassation était adopté, il ferait tomber tous les Testamens de ceux qui meurent dans un état d'incapacité.

» Mais d'abord cet inconvénient peut être sauvé, en faisant donner au Testament olographe une date certaine; ensuite, si l'on ne pouvait même y parer, il ne balancerait pas à beaucoup près les inconvéniens graves et inévitables qui résulteraient du système de l'arrêt attaqué. En effet, il peut arriver fréquemment qu'un Testament olographe soit surpris à un interdit, et alors sa succession passera, non à ses héritiers, non à ceux qu'il aurait pu et voulu préférer à ses héritiers, mais à des mains étrangères, contre le vœu de la loi et contre la volonté présumée de l'interdit, dans des mains coupables, qui de la fraude se sont fait un droit; tandis que, dans le système des demandeurs, l'inexécution du Testament olographe, à défaut de date certaine, aurait seulement pour résultat de faire passer la succession à ceux que la loi y appelle ; ce qui est un moindre mal ».

Par arrêt du 15 avril 1825,

« Attendu que le but principal du législateur, en autorisant le Testament olographe, a été de donner le moyen de disposer *secrètement* et de manière à ce que les dernières volontés pussent rester entièrement inconnues et cachées jusqu'au décès du testateur ;

» Qu'il a d'ailleurs accordé la confiance la plus entière à cette forme de disposer, laquelle il a considérée comme la plus propre à contenir l'expression sincère et non équivoque des intentions du testateur, et à éloigner les soupçons de suggestion et de captation ;

» Que cette idée a tellement dominé les jurisconsultes français, que la plupart d'entr'eux ont été jusqu'à envisager le testateur comme une espèce d'officier public dans son Testament auquel, en cette qualité, il donnait, selon eux, un caractère d'authenticité ;

» Attendu que, dans l'origine de la législation française sur cette matière, la date n'était pas plus exigée pour les Testamens olographes que pour tout autre acte sous seing-privé ; et que, si ensuite l'ordonnance de 1735 et le Code civil ont fait de la date une formalité nécessaire à peine de nullité, cela n'a eu lieu que dans le but manifeste d'assurer au Testament olographe une *date fixe et certaine*, qui pût servir de point de départ pour établir la capacité du testateur à l'époque de la confection, et la priorité du Testament, au cas qu'il en eût fait plusieurs ;

» Qu'on ne peut donc raisonnablement douter que le législateur n'ait entendu que le Testament olographe ferait présumer par lui-même la réalité de sa date ; et qu'on ne peut admettre, sans lui prêter la plus choquante contradiction, qu'il ait voulu, d'un côté, faire dépendre la certitude de la date des formalités ou circonstances de l'art. 1328, et, d'un autre côté, exiger, à peine de nullité, une indication de la date, qui eût été sans but et parfaitement inutile dans cette supposition ;

» Que d'ailleurs le Testament olographe étant de sa nature un acte secret, révocable jusqu'à la mort, et par lequel le testateur ne contracte aucune obligation envers personne, il est impossible d'imaginer que le législateur ait voulu faire dépendre sa date de la formalité de l'enregistrement, ou de la mention dans des actes dressés par des officiers publics, comme lorsqu'il s'agit d'actes sous seing-privé ordinaires ;

» Qu'en effet, tous les termes de l'art. 1328 résistent à ce que l'on puisse étendre aux Testamens olographes des dispositions qui n'ont évidemment été faites que pour les actes entre-vifs ; et qu'il faut conclure, au contraire, que le législateur s'est contenté, pour assurer au Testament olographe une date fixe, des formalités de l'art. 970, et que c'est pour tran-

cher toutes les anciennes difficultés sur ce point, qu'il a ajouté ces mots remarquables : *il n'est assujéti à aucune autre forme*, qui ne se trouvaient point dans l'ordonnance de 1735;

» Attendu que, si, d'après ce qui précède, on doit reconnaître avec l'arrêt attaqué, que le Testament olographe fait par lui-même foi de sa date jusqu'à preuve contraire, on ne peut admettre avec les demandeurs une exception à ce principe, pour le cas où le testateur serait devenu incapable de tester avant sa mort, et où cette incapacité survenue ferait soupçonner la fraude; parceque, si le législateur eût voulu faire cette exception, il l'eût exprimée à la suite de l'art. 970; et que, dans l'absence de toute disposition à cet égard, on ne peut articuler aucun texte de loi qui aurait été violé; que, d'un autre côté, l'incapacité survenue n'a point d'effet rétroactif au-delà de l'époque où elle a commencé;

» Que le soupçon d'antidate ne peut par lui-même détruire la présomption légale qui a été accordée au titre en faveur de l'héritier institué, mais seulement servir d'adminicule aux héritiers du sang, pour établir, à l'aide d'autres circonstances, la preuve que le Testament a été réellement antidaté;

» Attendu au surplus que, si, d'un côté, le système adopté par l'arrêt, présente des inconvéniens, en ce qu'il peut favoriser la fraude et faire éluder les effets de l'interdiction ou de toute autre incapacité; de l'autre côté, le système des demandeurs aurait des inconvéniens non moins graves, en ce qu'il tendrait à rendre sans effet tous les Testamens olographes faits de bonne foi et à des époques bien antérieures à l'incapacité survenue; qu'en résultat, il obligerait tout testateur, faisant un Testament olographe en bon sens et pleine capacité, à le faire enregistrer de suite, pour éviter l'effet des incapacités quelconques qui pourraient lui survenir plus tard; pensée qui répugne à la nature du Testament olographe, et que le législateur n'a pu avoir, dès l'instant qu'il a autorisé cette espèce de Testament;

» Que de tout ce qui précède il résulte que l'arrêt a fait une juste application de l'art. 970 du Code civil, et qu'il n'a nullement violé les art. 1316, 1322 et 1328 du Code civil, qui se rapportent exclusivement aux actes contenant des obligations ou conventions, et ne peuvent s'appliquer aux Testamens, qui forment une matière absolument distincte, traitée dans un titre à part, et régie par des règles qui lui sont propres;

» Attendu que l'arrêt n'ayant point décidé que le Testament olographe était un acte authentique, n'a pu ni violer ni faussement appliquer l'art. 1317 du Code civil; qu'il n'a point non plus confondu le Testament olographe avec le Testament public, et n'a par conséquent point violé l'art. 971;

» Attendu que l'arrêt, loin de décider que le Testament fait depuis l'interdiction, était valable, a, au contraire, posé en principe que les héritiers *ab intestat* pouvaient, nonobstant la date antérieure, être admis à prouver que le Testament avait été fait depuis l'interdiction et que la date était fausse, et n'a par conséquent nullement violé les art 901 et 502 du Code civil;

» Attendu que l'arrêt, tout en reconnaissant que le Testament olographe est un acte sous signature privée, s'est borné à dire qu'il est distinct des actes privés ordinaires et régi par des règles particulières; et qu'en décidant ainsi, il n'a nullement violé l'art. 999 du Code;

» Attendu enfin que l'arrêt n'a point eu à appliquer les art. 1007 et 1008 du Code civil, et n'a pu par conséquent en faire une fausse application; qu'en argumentant de ce que ces articles accordent la provision aux Testamens olographes, même avant qu'ils aient été reconnus, pour en inférer que la loi faisait une différence entre les Testamens olographes et les actes sous seing-privé ordinaires, et accordait aux premiers une confiance et des effets particuliers, l'arrêt a d'ailleurs fait un raisonnement fort juste, et sous ce rapport est encore à l'abri de toute critique;

» Par ces motifs, la cour, ouï M. le conseiller Garnier dans son rapport, et M. De Guchteneere, substitut du procureur général, dans ses conclusions conformes, rejette le pourvoi..... ».

III. Peut-on regarder comme reconnu *par acte authentique*, dans le sens de l'art. 334 du Code civil, l'enfant naturel qui n'a d'autre titre de reconnaissance que le Testament olographe de son père? *V.* l'article *Filiation*, n° 8.

§. V. *L'héritier* ab intestat *qui a approuvé ou exécuté volontairement un Testament nul dans la forme, peut-il encore l'attaquer? Dans quels cas le peut-il?*

I. La nullité qui résulte, par rapport à un Testament, d'un vice de forme, n'est pas *absolue*; elle n'est que *relative*, ou en d'autres termes, elle n'est établie qu'en faveur de l'héritier légitime. L'héritier légitime peut

donc y renoncer et consentir à l'exécution du Testament, comme s'il était valable. *V.* l'article *Nullité*, §. 3, n° 12.

II. Mais il faut distinguer, par rapport à la simple approbation d'un Testament nul dans la forme, entre celle qui est donnée du vivant du testateur, et celle qui est donnée après sa mort.

La première est sans effet et n'oblige point l'héritier légitime. A la vérité, elle contient, de sa part, la renonciation au droit d'attaquer un jour le Testament qui lui porte préjudice; mais, comme on l'a vu à l'article *Renonciation*, §. 2, il est de principe que la renonciation à un droit non encore ouvert, ne lie pas celui qui l'a faite.

Que serait-ce cependant si l'approbation était donnée dans le Testament même, et qu'elle équipollât, par ce moyen, à une promesse faite au testateur d'accomplir ses dispositions, quoique nulles dans la forme?

Elle serait encore sans effet dans ce cas, mais par un autre motif: elle serait sans effet, parcequ'elle renfermerait une stipulation sur une succession non encore ouverte, et que l'art. 1130 du code civil interdit tout pacte de cette nature, *même avec le consentement de celui de la succession duquel il s'agit.* (*V.* ci-après, sect. 4, §. 2).

A plus forte raison serait-elle sans effet, si, quoique consignée dans le Testament, elle n'avait pas pour objet d'en couvrir les vices de forme, et surtout si la nullité était d'une telle nature qu'il en résultât que le testateur n'a pas voulu disposer comme il a paru le faire.

Le 7 janvier 1810, Catherine Vandenbroeck, mère de trois enfans d'un premier mariage qu'elle avait contracté avec Adrien Vannoten, fait, par acte public, un Testament en faveur de Corneille Vermeilen, son second mari, et de leurs trois enfans communs. Les trois enfans du premier mariage y interviennent et déclarent en approuver les dispositions. L'acte n'est pas signé par la testatrice, mais il y est fait mention de la signature de l'un des enfans du premier mariage; après quoi (y est-il dit), « ont les témoins signé » cette minute conjointement avec moi notaire, et la testatrice et Thérèse et Catherine » Vannoten ont déclaré ne savoir écrire ni » signer, parcequ'elles ne l'ont pas appris ».

Après la mort de la testatrice, les trois enfans du premier mariage attaquent ce Testament et proposent ce dilemme: « ou la mention relative à la signature, doit être entendue en ce sens que *les quatre témoins ont signé la minute conjointement avec le notaire* ET LA TESTATRICE, ou bien il faut » l'entendre en ce sens que *la testatrice, Thérèse et Catherine Vannoten ont déclaré ne savoir écrire ni signer, parcequ'elles ne l'ont pas appris.* Au premier cas, le Testament est nul à défaut de signature de la testatrice. Au second cas, la nullité est encore évidente, parcequ'il est prouvé par des actes nombreux que la testatrice savait signer ».

Corneille Vermeylen et ses enfans répondent que, si le Testament est nul, ce dont ils ne conviennent pas, leurs adversaires sont non-recevables à en alléguer la nullité, parcequ'ils l'ont couverte par leur intervention dans le Testament, et par le consentement qu'ils ont donné à ce qu'il reçût son exécution.

Le 13 septembre 1816, jugement du tribunal de première instance de Malines, qui déclare le Testament nul.

Appel, et le 21 mars 1817, arrêt de la cour supérieure de justice de Bruxelles, qui met l'appellation au néant, attendu, sur le fond, qu'il est constant que la testatrice savait signer; et sur la fin de non-recevoir, « que, si, » les intimés sont intervenus dans l'acte du 10 » janvier 1810, et s'ils ont consenti aux dispositions y contenues, ils ne peuvent être » tenus d'exécuter la volonté de leur mère » (la testatrice), qu'autant qu'il conserait » qu'elle a eu cette volonté; que, dans l'espèce, il résulte qu'elle n'a pas eu cette volonté, soit qu'on considère l'acte comme » imparfait, soit qu'il soit nul par la fausse » déclaration de ne savoir signer; que, dans » les deux cas, elle a voulu éviter de faire un » acte nuisible aux intérêts des intimés (1) ».

III. Quant à l'approbation donnée, après la mort du testateur, par l'héritier légitime au Testament nul dans la forme, il y a une sous-distinction à faire entre celle qui est expresse et celle qui n'est que tacite, c'est-à-dire celle qui résulte seulement de faits présupposant la volonté de l'approuver, et prend le nom d'exécution volontaire.

J'ai parlé de l'approbation expresse dans mon *Recueil de Questions de droit*, au mot *Testament*, §. 18.

Et voici une espèce dans laquelle j'ai eu occasion de m'expliquer fort au long sur les effets de l'approbation tacite.

Le 26 ventôse an 12, le sieur Joseph de S..., de la B..., fait, devant le notaire R...., résidant à Yenne, et quatre témoins, un Testament par lequel 1° il institue le sieur Louis de S.... de S...., son cousin, héritier univer-

(1) Jurisprudence de la cour supérieure de justice de Bruxelles, année 1817, tome 1er, page 172.

sel ; 2° il légue l'usufruit de la majeure partie de sa succession à la dame Pétronille de S..., sa sœur, épouse de Joseph de C...., à Joseph de C...., son mari, et à Henri de C...., son beau-frère ; 3° il fait des legs particuliers à la demoiselle le J...., sa fille adoptive, et au nommé Vinet, son domestique.

Dans le corps de cet acte, et avant les signatures du testateur et des témoins, nulle mention que le Testament ait été *lu au testateur en présence des témoins, et écrit par le notaire*. Mais immédiatement avant la signature du notaire, on lit ces mots : *le présent par moi écrit et prononcé au testateur.*

Le 14 germinal suivant, décès du sieur de S.... de la B....

Le 15, apposition des scellés dans son appartement.

Le 19, le juge de paix du canton d'Yenne lève les scellés, à la réquisition et en présence « de Louis de S...., *en qualité d'héritier dudit défunt*, de Joseph et de Henri de C...., et Pétronille de S...., *en qualité d'usufruitiers dudit défunt*, et d'Euphrosine le J...., fille adoptive dudit défunt Joseph de S.... ». Le procès-verbal est terminé par ces mots : *ainsi procédé sans réclamation quelconque ; et ont, lesdits requérans signé avec nous.*

Le même jour, le Testament est enregistré au bureau d'Yenne.

Le même jour encore, acte sous seing privé, par lequel le sieur de S.... de S ... dispense la dame de C...., son mari et son beau frère, de lui donner caution et de faire inventaire. Cet acte débute ainsi : « Nous soussignés » dame Pétronille de S...., épouse de Joseph » de C...., et de lui autorisée, et nous Joseph » de C...., de notre chef, et Henri de C...., » tous trois domiciliés de la commune de la » B...., *en qualité d'usufruitiers et usagers* » *des biens meubles et immeubles délaissés* » *dans les départemens du Mont-Blanc et de* » *l'Ain, d'une part* ; et Louis de S...., domi» cilié à S...., *en qualité d'héritier propriétaire desdits biens meubles et immeubles*, » *le tout à la forme du Testament public* » *dudit défunt Joseph de S...., du 26 ventôse* » *proche passé, R.... notaire*, avons fait » le compromis suivant.... »

Le 1er prairial suivant, autre acte sous seing-privé, qui règle la nature des réparations dont les usufruitiers seront tenus au château de C.... ; on y lit : *en nos qualités respectives d'héritiers et usufruitiers des biens délaissés par le défunt de S..... de la B...., sommes convenus.....*

Le même jour, autre acte passé entre les mêmes parties, *et dans les mêmes qualités*, devant le notaire R..., sur divers objets mobiliers de l'hérédité. Les parties y déclarent traiter dans les qualités qu'elles prennent respectivement, *à la forme du Testament public du 26 ventôse proche passé, dûment enregistré ; lesquelles* (ajoute le notaire), *ensuite de la lecture que je leur ai nouvellement faite dudit Testament, ont fait les conventions suivantes.*

La dame de C.... s'était-elle fait, à l'époque de cet acte, délivrer une expédition du Testament ? Elle a soutenu l'affirmative dans l'instance dont il sera bientôt parlé.

Mais ce qu'il y a de certain, c'est que, dans l'expédition qui lui en a été délivrée, n'importe à quelle époque, ainsi que dans celle qui l'a été au sieur de S.... de S...., le notaire R.... avait placé, avant la mention des signatures du testateur et des témoins, l'énonciation qu'il avait écrit cet acte de sa propre main, et qu'il en avait fait lecture au testateur.

En 1808, le hasard fait tomber dans les mains du conseil de la dame de C.... l'expédition du Testament délivrée à la fille adoptive ; et le conseil de la dame de C... remarque que l'énonciation de l'écriture par le notaire, et de la lecture au testateur, n'y est placée qu'après la mention des signatures du testateur et des témoins.

Frappé de cette différence entre les deux expéditions, il recourt à celle de Vinet, légataire particulier ; et il la trouve parfaitement conforme à celle de la demoiselle de J....

Le 13 février 1810, la minute du Testament est vérifiée, de l'autorité du Tribunal civil de Chambéry, dans l'étude du notaire R.... ; et le résultat de la vérification est que les expéditions délivrées, tant à Vinet qu'à la demoiselle de J...., sont exactes ; tandis que, dans celle de la dame de C...., la mention de l'écriture par le notaire est transposée.

Peu de temps après, la dame C..... fait assigner le sieur de S.... de S.... devant le même tribunal, pour voir déclarer nul le Testament du 26 ventôse an 12.

Le sieur de S.... de S.... comparaît, représente l'expédition du Testament qu'il a entre les mains, et fait remarquer qu'elle est conforme à celle de la dame C....

S'expliquant ensuite sur la nullité dont la dame de C.... argue le Testament, il soutient que la dame de C.... est non-recevable à la proposer, parce qu'elle a approuvé les dispositions du défunt, par sa comparution au procès-verbal de la levée des scellés, par les trois conventions des 19 germinal et 1er prairial an 12, et par plusieurs autres actes qu'elle a

passés avec lui pendant six années consécutives.

Il remarque d'abord que, lors des actes du 19 germinal an 12, la dame de C.... n'a pas pu être trompée par une fausse expédition du Testament, puisque le Testament n'ayant été enregistré que ce jour-là même, il était impossible qu'une expédition lui en eût déjà été délivrée.

Venant ensuite à la convention notariée du 1er prairial suivant, dans laquelle sont insérés les mots, *ensuite de la lecture que je leur ai nouvellement donnée dudit Testament* il s'explique ainsi : « le notaire qui a reçu l'acte » du 1er prairial an 12, est le notaire qui a reçu » le Testament dont il s'agit ; il était donc » possesseur de la minute. Il leur en a fait » *nouvellement lecture*. Ce mot *nouvellement* » signifie deux choses : la première, que cette » lecture venait de leur être faite à l'instant » même ; la seconde, qu'elle était *nouvelle* » *pour eux*, c'est-à-dire, que c'était la *première* » *fois qu'ils en connaissaient la stipulation.* » Le mot *nouvellement*, dit le dictionnaire de » la langue française, est, d'un côté, la tra- » duction du mot latin REGENTER ; de l'autre, » il indique une chose qui paraît pour la pre- » mière fois. On dit, *une maison nouvelle-* » *ment bâtie, une charge nouvellement créée,* » *un arbre nouvellement planté* ».

Le 25 février 1812, jugement contradictoire, par lequel,

« Considérant que l'art. 1163 du Code civil dispose qu'*une convention, quelque généraux que soient les termes dans lesquels elle est conçue, ne comprend que les choses sur lesquelles il paraît que les parties se sont proposé de contracter* ; que l'art. 2049 dudit Code dispose aussi que *les transactions ne règlent que les différends qui s'y trouvent compris, soit que les parties aient manifesté leur intention par des expressions spéciales et générales, soit que l'on reconnaisse cette intention par une suite nécessaire de ce qui est exprimé* ;

» Considérant que les act passés entre les parties, en exécution du Testament du sieur Joseph de S.... de la B...., du 26 ventôse an 12, R...., notaire, ne faisant aucune mention de la nullité dont ledit Testament pouvait être susceptible, on doit croire, suivant les dispotions des articles précités, que les parties n'ont voulu et n'ont réellement eu en vue de traiter que sur ce qui était exprimé dans lesdits actes renfermant leurs accords ;

» Considérant que la nullité dudit Testament, si elle existait, devait être l'objet d'autant plus essentiel à exprimer dans les actes dont il s'agit, que l'art. 2049 dudit Code prononce qu'il *y a lieu à l'action en rescision contre une transaction, lors qu'elle a été faite en exécution d'un titre nul, à moins*, y est-il dit, *que les parties n'aient expressément traité sur la nullité* ;

» Considérant que de ces dispositions dérive la conséquence que, dès que les parties n'ont pas traité expressément sur la nullité du Testament, qu'elles n'en ont pas même fait mention dans les actes dont il s'agit, les fins de non-recevoir opposées à l'action de nullité proposée par la demanderesse contre ledit Testament, ne sauraient être recevables ;

» Considérant que l'art. 1340 dudit Code ne saurait être applicable à l'espèce, car il est certain que cet article ne doit être entendu que dans les cas où les vices de formes auraient été connus de la partie intéressée à en opposer, puisqu'autrement ; il se trouverait en opposition avec les autres articles précités dudit Code, détruirait les principes établis pour les conventions, notamment celui qui veut que le consentement de la partie qui s'oblige, soit une des conditions essentielles pour la validité de son obligation, et ne puisse avoir aucun effet, lorsqu'il a été donné par erreur ou ignorance de fait ;

» Considérant qu'on ne saurait supposer à la demanderesse d'avoir eu connaissance des vices qui pouvaient anéantir le Testament du sieur de S..., puisqu'aucune mention n'en avait été faite dans les actes dont il s'agit ; qu'on ne saurait non plus lui supposer l'avoir acquise par la lecture qui lui aurait été faite dudit Testament, lors de l'acte du 1er prairial an 12, R..... notaire, puisque cette induction se trouverait écartée par l'expédition qui lui avait été délivrée dudit Testament, et qui lui avait offert cet acte à l'abri de toute objection pour défaut de forme ; et qu'au surplus, il n'est pas présumable que, si la demanderesse avait réellement eu connaissance des vices dont elle a argué ledit Testament, elle eût voulu abandonner gratuitement une succession qui lui était dévolue ;

» Considérant que la cause sur l'action en nullité proposée contre le Testament dont il s'agit, n'est pas préparée à recevoir jugement :

» Sans s'arrêter aux fins de non-recevoir opposées par le défendeur à l'action en nullité proposée par la demanderesse contre le Testament du sieur Joseph de S.... de la B...., du 26 ventôse an 12, R.... notaire, ordonne que les parties procéderont ultérieurement en l'instance sur ladite action en nullité, ainsi et comme elles aviseront ; condamne le défendeur,

aux dépens du chef décidé, les autres en définitive réservés ».

Le sieur de S.... de S.... appelle de ce jugement à la cour de Grenoble; et là, il soutient,

« 1° Que, le 19 germinal an 12, le sieur R..., notaire, était venu à la B....; qu'il avait assisté au procès-verbal de la levée des scellés; qu'il y avait lu le Testament, le 26 ventôse, à toutes les parties; et qu'il avait fait cette lecture *sur la minute même du Testament*;

» 2° Que la dame de C.... n'avait point eu d'expédition du Testament avant l'année 1807; que la preuve en résultait de l'expédition qu'elle représentait, puisque cette expédition était écrite sur du papier au timbre mis en usage depuis le 1er janvier 1807 seulement ».

A la première de ces assertions, la dame de C..... oppose une déclaration du juge de paix, du 18 juin 1813, attestant « que le sieur R...., » notaire, ne fut point présent à la levée des » scellés du 19 germinal an 12; que, s'il y » avait paru, il en serait fait mention, comme » dans le procès verbal d'apposition auquel il » assista; que ledit R.... n'y porta point la mi» nute du Testament de M. de....; que cette » minute n'y fut donc lue, ni avant, ni pen» dant, ni après la levée des scellés en sa pré» sence; qu'il a déjà été interpelé, le 16 août » 1811, et le 17 mars dernier, de la part de » M. de S.... de S...., de donner des explica» tions sur ces faits; qu'il y a donné les mê» mes réponses; qu'il y a même ajouté qu'a» vant de se rendre, le 19 germinal an 12, à la » B.... , pour procéder à la levée des scellés, » il avait, ainsi que son greffier, vu, à Yenne, » le notaire R....; qu'il leur avait fait mystère » de ce Testament, comme ne voulant pas leur » dire ce qu'il contenait; et qu'il leur donna » seulement *en note* les qualités que chacun » des intéressés devait prendre ».

A la deuxième assertion, la dame de C..... répond qu'il est prouvé, par des pièces qu'elle produit, qu'elle avait entre les mains, en 1806, et conséquemment avant le 1er janvier 1807, une expédition du Testament constatant, avec une parfaite régularité, que cet acte avait été écrit par le notaire lui-même, et lu au testateur en présence des témoins; qu'elle a été obligée, en 1808, de se dessaisir de cette expédition, pour la faire déposer dans les bureaux de la liquidation générale, à Paris; qu'elle s'est ensuite fait délivrer par le notaire R....., une seconde expédition, dont le sieur de S..... de S .... a lui-même payé les frais; et que c'est cette seconde expédition qui est actuellement au procès.

La dame de C..... ajoute que la première expédition lui a été délivrée immédiatement après l'enregistrement du Testament, et par conséquent dans l'intervalle du 19 germinal au 1er prairial an 12.

Le sieur de S..., de S.... ne convient point que la première expédition prétendûe delivrée à la dame de C....., soit, en tout point, conforme à celle qui est au procès, et il conclud subsidiairement à ce qu'avant faire droit, il soit ordonné qu'elle sera apportée au greffe de la cour.

Le 17 juillet 1813, arrêt ainsi conçu :

« Considérant que les actes d'exécution du Testament de Joseph de S..., qu'on oppose à Pétronille de C....., n'émanent pas d'une volonté manifeste de sa part, de renoncer à attaquer cet acte par les moyens de droit; que, suivant tous les principes, trois choses sont essentielles pour caractériser une exécution volontaire : la première, qu'on ait eu connaissance du Testament dans son état matériel; la seconde, qu'on ait connu le vice qu'il renfermait; et la troisième, qu'on ait renoncé à proposer la nullité de l'acte;

» Considérant que, bien loin qu'il soit prouvé qu'il a été donné lecture par le notaire R..... à Pétronille de C....., du Testament dont il s'agit, lors des actes du 19 germinal an 12, ce fait, indépendamment que les actes ne font mention d'aucune lecture, est au contraire repoussé par l'affirmation du juge de paix du canton d'Yenne, et par celle de son greffier :

» Considérant que, quoique l'acte du 1er prairial suivant ait été reçu par le notaire R....., au château de la B....., cette circonstance est insignifiante, parcequ'il n'est pas à présumer que le notaire eût apporté, ce jour-là, la minute du Testament, d'autant plus qu'il s'était écoulé un espace de temps suffisant entre le 19 germinal, jour de l'enregistrement du Testament, et le 1er prairial, pour que R..... eût pu délivrer deux grosses de ce Testament, l'une à Pétronille de C...., et l'autre à Louis de S.....; que les circonstances de la cause semblent d'ailleurs placer la délivrance de la première grosse à Pétronille de C....., entre le 19 germinal et le 1er prairial; d'où l'on doit conclure que, si ce notaire fit la lecture du Testament, cette lecture ne fut faite que sur l'une des grosses déjà délivrées;

» Considérant que Pétronille de C..... a constamment fait soutenir au procès, et qu'elle a affirmé, soit dans sa déclaration devant notaire, soit dans son interrogatoire sur faits et articles devant le commissaire délégué par la cour, qu'elle n'a connu, à l'époque des actes

qu'elle a passés, le Testament de Joseph de S....., que par la grosse infidèle délivrée par R....., qui lui présentait, ainsi que celle donnée à Louis de S....., l'image d'un Testament régulier, sans qu'on ait pu lui opposer des faits concluans, propres à détruire son affirmation;

» Considérant que les actes qu'on oppose à Pétronille, reposent sur une erreur de fait évidente, c'est-à-dire, sur l'ignorance où elle était de l'état matériel du Testament de Joseph de S..., puisque la grosse qu'elle avait en son pouvoir, était faite pour détourner son attention, écarter tout soupçon de nullité, et lui donner la confiance que ce Testament était revêtu de toutes les solennités exigées par la loi; que, dès-lors, l'exécution qu'il a eue de sa part, n'a pas été volontaire; et que d'ailleurs, d'après la contexture de tous ces actes, il ne paraît nullement qu'elle ait voulu l'exécuter indépendamment des nullités qui peuvent le vicier;

» Considérant qu'on ne saurait induire de quelques expressions propres au Testament, et qui auraient été mises dans l'un des actes du 19 germinal, une connaissance du Testament de la part de Pétronille de C...., parceque, indépendamment de ce que ces expressions sont insignifiantes, on peut les avoir puisées dans la note remise par R...., notaire, au juge de paix d'Yenne, lorsqu'il vint procéder à la levée des scellés;

» Considérant que l'apport de la grosse délivrée à Pétronille de C....., est inutile, puisque son existence et son envoi à Paris, dans les bureaux de la liquidation, sont prouvés par pièces dont on ne saurait suspecter la foi;

» Par ces motifs, lecture préalablement faite, à l'audience, par le greffier, de l'interrogatoire sur faits et articles de Pétronille de C....; et après avoir ouï M. Bérenger, avocat-général, en ses conclusions motivées;

» La cour statuant sur l'appellation émise par la partie de Gousselin, sans s'arrêter à ses conclusions tant principales que subsidiaires, dont elle l'a déboutée, a mis ladite appellation au néant; ordonne que ce dont est appel sortira son plein et entier effet, renvoie la cause et les parties au tribunal de Chambéry pour faire mettre son jugement à exécution, et être par lui statué au principal ainsi qu'il appartiendra, sauf l'appel à la cour ».

Le sieur de S.... de S. ... se pourvoit en cassation contre cet arrêt, et joint à sa requête, entr'autres pièces, une copie collationnée par le garde des archives de la liquidation générale, d'une expédition du Testament du 26 ventôse an 12, au bas de laquelle on lit ces mots: *première expédition délivrée à dame Pétronille de S...., le 21 prairial an 12.* Signé *P....; R....., notaire.*

Le 24 février 1814, arrêt de la section des requêtes, qui admet la requête du sieur de S..... de S.....

L'affaire est, en conséquence, portée devant la section civile, et distribuée à M. Cochard, conseiller, qui en fait le rapport à l'audience du 7 novembre 1814.

« Contravention à l'art. 1340 et fausse application de l'art. 2054 du Code civil (ai-je dit à l'audience du 9 du même mois), en ce qu'il est jugé par l'arrêt attaqué, qu'un Testament peut encore être argué de nullité par l'héritier *ab intestat*, qui l'a exécuté volontairement, et qu'il peut l'être sous le prétexte que l'héritier *ab intestat* n'a pas, en l'exécutant, manifesté l'intention de renoncer aux nullités qui le viciaient;

» Contravention aux art. 1319 et 1320 du même Code, en ce que l'arrêt attaqué n'a eu aucun égard à la preuve résultant de l'acte notarié du 1er prairial an 12, que c'était sur la minute du Testament du 26 ventôse précédent, que le notaire R..... avait donné aux parties la lecture de ce Testament;

» Contravention à l'art. 1341 du même Code, en ce que l'arrêt attaqué fait prévaloir une simple attestation du juge de paix du canton d'Yenne et de son greffier, sur les énonciations renfermées dans leur procès-verbal de levée des scellés, du 19 germinal an 12;

» Enfin, excès de pouvoir et contravention aux lois sur la procédure, notamment à la règle *ejus est probare qui dicit, non qui negat*, en ce que l'arrêt attaqué rejette les conclusions subsidiaires du sieur de S..... de S...., à fin d'apport de l'expédition du Testament déposée aux archives de la liquidation générale.

» Tels sont les moyens de cassation qui vous sont proposés dans cette affaire.

» Le premier paraît d'abord porter à faux; car la cour d'appel de Grenoble n'a cité dans son arrêt, ni l'art. 1340, ni l'art. 2054 du Code civil; et il paraît dès-lors difficile de concevoir comment elle aurait pu violer l'un et faussement appliquer l'autre.

» Cependant il est certain que, sans citer ces deux articles, elle a raisonné comme si elle les avait pris pour guides, comme si le premier était modifié par le second, comme si l'exécution volontaire dont parle l'art. 1340, ne pouvait avoir l'effet qu'il lui attribue, que dans le cas prévu par l'art. 2054, c'est-à-dire, dans le cas où, en exécutant volontairement

une donation, l'héritier du donateur manifesterait l'intention de renoncer à des nullités dont il aurait connaissance.

» Et c'est ce qui amène ici la question de savoir si, en raisonnant de cette manière, la cour de Grenoble n'a pas ajouté à l'art. 1340, et si, en y ajoutant, elle ne l'a pas violé.

» Cette question suppose que l'art. 1340 embrasse dans sa disposition les donations testamentaires comme les donations entre-vifs; et il est très-important de nous fixer, avant tout, sur cette supposition; car si cette supposition n'était pas exacte, toute idée de contravention à l'art. 1340 s'évanouirait nécessairement; et l'arrêt attaqué ne pourrait nous offrir, d'après des raisonnemens bons ou mauvais, qu'un résultat plus ou moins juste, mais sur lequel la cassation n'aurait aucune prise.

» Est-il donc vrai que l'art. 1340 attribue à l'exécution volontaire des Testamens, le même effet qu'à l'exécution volontaire des donations entre-vifs?

» L'art. 1340 parle de la *donation* en général, et l'on pourrait inférer de l'art. 711, que le mot *donation*, est une expression commune à la donation entre-vifs et à la donation par Testament. *La propriété des biens*, porte ce dernier article, *se transmet par succession, par donation entre-vifs* OU TESTAMENTAIRE, *et par l'effet des obligations.*

» Mais d'abord il y a dans le Code civil un grand nombre de textes qui prouvent que le législateur distingue soigneusement les Testamens d'avec les donations entre-vifs, même dans celles de ses dispositions qui sont communes aux uns et aux autres, et dans lesquelles, par conséquent, il paraîtrait plus expédient de n'employer, pour les désigner, les uns comme les autres, que la dénomination générique de *donation*.

» Ainsi, dans l'art. 896, le législateur dit: *toute disposition par laquelle le donataire, l'héritier institué ou légataire sera chargé de conserver et de rendre à un tiers, sera nulle, même à l'égard du donataire, de l'héritier institué ou du légataire.*

» Ainsi, dans l'art. 898, le législateur ajoute: *la disposition par laquelle un tiers serait appelé à recueillir le don, l'hérédité ou le legs, dans le cas où le donataire, l'héritier institué ou le légataire ne le recueillerait pas, ne sera pas regardée comme une substitution, et sera valable.*

» Dans ces deux articles, il est bien clair que les mots *don* et *donataire* ne désignent que la donation et le donataire entre-vifs, et que le législateur n'y aurait pas ajouté les mots *hérédité, legs, héritier institué et légataire*, si, dans sa pensée, le seul mot *don* eût désigné la libéralité faite par Testament, si, dans sa pensée, le seul mot *donataire* eût désigné le légataire et l'héritier institué.

» La même distinction se fait remarquer dans les art. 901 et 902.

» *Pour faire une donation entre-vifs ou un Testament*, dit l'art. 901, *il faut être sain d'esprit.* Pourquoi ne pas dire simplement qu'il faut être sain d'esprit *pour faire une donation?*

» *Toutes personnes*, dit l'art. 902, *peuvent disposer et recevoir, soit par donation entre-vifs, soit par Testament, excepté celles que la loi en déclare incapables.* Pourquoi ne pas dire simplement, qu'à l'exception des personnes que la loi en déclare incapables, toutes peuvent *disposer et recevoir par donation?*

» La rubrique de la sect. 2 du chap. 3 du tit. 2 du liv. 3 est intitulée: *de la réduction des donations et des legs.* Pourquoi n'est-elle pas simplement intitulée: *de la réduction des donations?*

» La même section nous offre trois articles dans lesquels le mot *donataire* est employé sans autre accessoire: ce sont les art. 928, 929 et 930. Eh bien! Il résulte de la nature même de leurs dispositions, que, ces trois articles sont étrangers aux héritiers institués et aux légataires, et qu'ils ne peuvent s'entendre que du donataire par acte entre-vifs.

» De tout cela on peut, ce semble, conclure avec une grande apparence de fondement, que le mot *donation*, lorsqu'il est employé seul, n'est applicable, dans le Code civil, qu'à la donation entre-vifs, ou que du moins, il ne pourrait être appliqué au Testament, que dans ceux de ses textes où rien n'annoncerait, de sa part, l'intention de limiter à la donation entre-vifs, les dispositions qui y seraient renfermées.

» Mais cette intention perce précisément dans l'art. 1340.

» Cet article, en effet, ne doit pas être séparé de l'article qui le précède immédiatement, et dont il forme le complément.

» Or, que porte l'art. 1339? *Le donateur ne peut réparer par aucun acte confirmatif, les vices de la* DONATION ENTRE-VIFS; *nulle en forme, il faut qu'elle soit refaite en la forme légale.*

» Assurément, dans cet article, il n'est point question des donations par Testament; il n'y est question que des donations entre-vifs.

» Et comment, dès-lors, pourrait-il être

question des donations par Testament, dans l'art. 1340?

» Remarquons bien que le législateur fait contraster l'art. 1340 avec l'art. 1339, et que son but est de distinguer, en fait d'actes confirmatifs ou d'exécution volontaire, la condition du donateur d'avec celle de ses héritiers.

» Le donateur, dit-il, peut toujours faire annuler sa donation, quelque confirmation qu'il en ait faite, quelqu'exécution qu'il lui ait donnée volontairement (1); ses héritiers, au contraire, ne peuvent plus la quereller, du moment qu'ils l'ont confirmée, ratifiée, ou exécutée volontairement.

» Voilà certes une opposition bien marquée entre le donateur et ses héritiers.

» Mais cette opposition n'existerait pas, ou du moins elle n'existerait que partiellement, elle n'existerait que par rapport à la donation entre-vifs, si l'art. 1340 n'était pas limité aux mêmes donations que l'art. 1339, si les donations entre-vifs n'étaient pas le seul et unique

(1) Ces expressions, *quelque exécution qu'il lui ait donnée volontairement*, ne sont pas littéralement dans le texte de la loi, mais je les ai ajoutées ici, parceque'elles m'ont paru implicitement comprises dans les termes de ce texte qui ôtent à tout acte *confirmatif*, l'effet de réparer, à l'égard du donateur, la nullité de forme d'une donation entre-vifs; et voici un arrêt de la cour de cassation qui le juge ainsi:

Dans l'espèce rapportée à l'article *Signature*, §. 1, n° 7, la demoiselle Cheneveau, pour échapper à la nullité dont la donation entre-vifs, du 3 février 1816, qu'elle défendait, se trouvait entachée par le défaut de mention dans l'acte que le sieur Champigny, donateur, l'avait signé, produisait deux actes des 10 et 20 octobre de la même année, par lesquels celui-ci avait vendu l'usufruit qu'il s'était réservé de quelques-uns des immeubles compris dans la donation, tandis que la donataire y avait comparu elle-même pour vendre la nue propriété des mêmes biens; et en concluant de là que le donateur avait *exécuté* la donation, elle soutenait que le vice de forme en était couvert.

Mais le tribunal de première instance de Chinon n'en a pas moins déclaré la donation nulle,

« Attendu que l'art. 1339 du Code civil porte que le donateur ne peut réparer par aucun acte confirmatif, les vices d'une donation nulle dans la forme; qu'elle doit être refaite dans une forme légale; que la loi prohibe au donateur ce moyen principal de couvrir les nullités; qu'elle lui défend, à plus forte raison, l'exécution volontaire, souvent susceptible de discussion, toujours moins claire et moins positive que l'acte confirmatif,

» Que vainement voudrait-on induire du silence de l'art. 1339 sur l'exécution volontaire, que le législateur n'a entendu défendre au donateur que l'acte confirmatif; qu'il résulte clairement des expressions même de l'art. 1338, que le législateur n'a regardé l'exécution volontaire que comme un moyen subsidiaire et supplétif, applicable seulement aux contrats ordinaires;

» Que, quant aux donations que les lois ont toujours entourées de plus de formes et de difficultés que les obligations ordinaires, le législateur ayant prohibé, par l'art. 1339, *le moyen principal* (l'acte confirmatif), a jugé inutile de défendre en termes exprès *le moyen subsidiaire qui se trouve aussi compris tacitement* dans la prohibition, d'après l'expression énergique et absolue: *il faut que la donation soit refaite en la forme légale*;

» Attendu, en outre, que l'art. 1340, qui permet, *expressis verbis*, l'exécution volontaire aux héritiers du donateur, pour couvrir les nullités, prouve encore d'une manière évidente que le principe de l'art. 1338 n'est pas généralement applicable aux donations; qu'autrement, et s'il fût entré dans la pensée du législateur de rendre ce principe général pour tous les contrats, il eût été inutile de le répéter dans l'art. 1340, après l'avoir sous-entendu dans l'article précédent, ce qui ne peut être; d'où il suit nécessairement que le silence de l'art. 1339 sur l'exécution volontaire, *interdit ce moyen au donateur*; que l'ordonnance de 1731, qui a servi de base à la loi nouvelle, était conforme à ces principes;

« Que, si le législateur moderne eût voulu innover à cet égard, il eût exprimé l'abolition d'une disposition aussi importante, d'une manière claire, positive, et non par le silence; que, prouvant sa répugnance pour la confirmation des donations, par la prohibition portée en l'art. 1339, il n'est pas supposable qu'il eût voulu permettre l'exécution volontaire, qui est un moyen toujours facile, et qui rendrait inutiles et illusoires toutes les précautions et formalités dont il persévère à vouloir entourer les donations ».

Appel de la part de la demoiselle Cheneveau; mais par arrêt du 12 août 1819, la cour royale d'Orléans, adoptant les motifs des premiers juges, a confirmé purement et simplement leur décision.

Et sur le recours en cassation de la demoiselle Cheneveau, arrêt de la section des requêtes, du 6 juin 1821, qui le rejette, au rapport de M. Dunoyer et sur les conclusions de M. l'avocat-général Lebeau,

« Attendu que l'art. 1338, concernant la confirmation ou ratification volontaire des obligations, lesquelles, aux termes dudit article, emportent la renonciation aux moyens et exceptions que l'on pouvait opposer contre ces actes, est inapplicable aux donations entre-vifs, dont l'art. 1339 ne permet au donateur de réparer les vices par aucun acte confirmatif, et exige absolument qu'elles soient refaites en la forme légale;

» Attendu que la confirmation ou ratification dont est question en cet art. 1339, s'entend aussi, et à plus forte raison, de l'exécution qui n'est qu'une confirmation tacite, bien moins formelle par conséquent que l'acte même de confirmation ou ratification avec les énonciations prescrites par la loi,

» Et que c'est ce qu'explique clairement l'art. 1340, qui admet la confirmation, ratification ou exécution volontaire de la part des héritiers ou ayant-cause du donateur après son décès, lorsqu'elle provient de leur fait, après avoir exigé par l'article précédent, à l'égar

objet de l'un comme de l'autre article.

» Aussi voyons-nous l'orateur du Gouvernement, M. Bigot de Préameneu, dans l'*Exposé des motifs* de cette partie du Code civil, faire entendre très-clairement que l'art. 1340 n'est fait que pour la donation entre-vifs qui, après la mort du donateur, a été confirmée, ratifiée ou exécutée volontairement par ses héritiers. *Il est, dans certains actes* (a-t-il dit), *des vices qui ne peuvent être réparés par ce moyen; ce sont les vices de forme, qui, dans un acte de donation entre-vifs, entraînent la nullité, aux termes de la loi. Ces vices n'existeraient pas moins, quoique l'acte fût confirmé. D'ailleurs ces formes ont été prescrites pour l'intérêt des tiers: elles ne peuvent être suppléées, il est donc indispensable que l'acte de donation soit refait dans la forme légale.* AU NOMBRE DES TIERCES PERSONNES QUE CES FORMES INTÉRESSENT, SONT LES HÉRITIERS OU AYANT CAUSE DU DONATEUR. *Ils ne peuvent, pendant sa vie, renoncer à opposer les vices de forme de la donation; ils n'ont aucun droit ouvert, et ce serait une convention sur une succession non-échue, ce qui est défendu. Mais si, après la mort du donateur, ses héritiers ou ayant-cause confirment ou ratifient la donation, ou s'ils l'exécutent volontairement, il en résulte, comme dans tous actes de confirmation ou ratification, qu'ils renoncent à opposer, soit les vices de forme, soit toute autre exception.*

» Même langage dans le rapport fait au tribunat par M. Jaubert, sur les mêmes articles:

» *La loi a dû excepter les donations nulles dans la forme; le donateur ne peut réparer le vice par aucun acte confirmatif. C'est l'importance de l'acte portant donation, c'est la nature du transport de propriété qui se fait à titre gratuit, qui ont dû porter le législateur à ne pas se contenter, en pareil cas, d'une simple ratification.*

» *La volonté ne suffit pas non plus pour une donation; il faut encore qu'elle soit manifestée par des signes extérieurs et publics, qui, en consommant l'expropriation du donateur, avertissent aussi de la transmission tous ceux qui peuvent avoir des intérêts à démêler avec lui.*

» *Il n'en doit pas être de même à l'égard de ses héritiers ou* AYANT-CAUSE (c'est-à-dire, des héritiers ou ayant-cause du donateur dont il vient d'être parlé, et par conséquent du donateur par acte entre-vifs). *Ils ont sans doute le droit de faire déclarer la donation nulle; mais s'ils la ratifient ou l'exécutent, cette ratification ou exécution volontaire emporte leur renonciation à opposer, soit les vices de forme, soit toute autre exception.*

» Voulons-nous, messieurs, une autre preuve que, dans l'art. 1340, le législateur n'a eu en vue que la donation entre-vifs? Nous la trouverons dans la place même que cet article occupe dans le Code civil. Cet article est placé sous le titre *des contrats et obligations conventionnelles*; et il n'est pas étonnant que, sous ce titre, figure une disposition relative à la donation entre-vifs, qui est un vrai contrat, résultant du consentement mutuel du donateur et du donataire: *In omnibus rebus quæ dominium transferunt* (dit la loi 55, *de obligationibus et actionibus*, au Digeste), *concurrat oportet affectus ex utraque parte* CONTRAHENTIUM; *nam sive ea venditio*, SIVE DONATIO. *sive conductio, sive quælibet alia* CAUSA CONTRAHENDI *fuit, nisi animus utriusque consentit, perduci ad affectum id quod incohatur, non potest.* Mais il serait fort étonnant, il serait même bizarre que, sous le titre *des contrats et obligations conventionnelles*, le législateur eût placé un article relatif aux Testamens.

» Voilà pourquoi, sans doute, M. Grenier qui, en qualité de tribun, a pris une grande part à la discussion et à la rédaction définitive de l'art. 1340, ne fait aucune difficulté de reconnaître, dans son *Traité des Donations et des Testamens*, n° 325, que l'art. 1340 ne comprend pas les Testamens dans sa disposition; et ce qu'il importe singulièrement de remarquer, c'est que sa manière de voir est, à cet égard, d'autant moins suspecte, qu'elle contrarie directement le but qu'il se propose, d'établir que, quoique non compris dans la disposition de l'art. 1340, les Testamens ne laissent pas d'être soumis à une règle semblable.

» Après avoir dit que, sur la question de savoir si l'héritier *ab intestat* qui a exécuté volontairement un Testament dont il connaissait ou était censé connaître les vices de forme, est encore recevable à en demander la nullité:

---

du donateur, que la donation soit refaite en la forme légale;

» Attendu que la nullité de la donation n'ayant pas été couverte par l'exécution qu'elle aurait pu recevoir, la cour royale a pu se croire dispensée d'examiner, si, en effet, Henri Champagny l'avait volontairement et réellement exécutée; ce qui aurait pu être contesté, puisqu'il avait disposé, par son Testament, des biens compris en la donation; que ce Testament contenait un legs de 10,000 francs en faveur de Suzanne Chenevau, qui l'a recueilli ou dû recueillir, puisque le Testament a été maintenu par l'arrêt attaqué; d'où il suit que la critique proposée contre cet arrêt, n'est fondée sous aucun rapport ».

les opinions des auteurs qui ont écrit avant le Code civil, étaient fort diverses ; après avoir donné son assentiment à l'opinion de ceux qui soutenaient la négative ; après avoir développé les raisons qui lui paraissent militer en faveur de cette opinion, il ajoute : *Ce n'est pas tout encore : c'est qu'il est dit dans l'art. 1340 du Code civil :* la confirmation, ou ratification ou exécution volontaire d'une donation par les héritiers du donateur, après son décès, emporte leur renonciation à opposer, soit les vices de forme, soit toute autre exception. *Or, il est aisé de sentir* TOUTE L'AFFINITÉ *qu'il y a entre ce cas et celui-ci.*

» Remarquez, messieurs, combien ces mots, *toute l'affinité*, sont précieux et décisifs. Si l'art. 1340 comprenait les Testamens dans son texte, comme il y comprend les donations entre-vifs, il n'y aurait pas, pour les Testamens, *affinité* entre le cas réglé par l'art. 1340 et le cas sur lequel disserte l'auteur ; il y aurait, sur l'un comme sur l'autre cas, disposition législative très-expresse ; il n'y aurait plus de question

» Mais continuons d'écouter M. Grenier : *Peut-être dira-t-on que cette disposition n'étant établie que pour le cas de la donation, et le législateur ne l'ayant pas répétée pour le cas du Testament, il n'a pas entendu qu'on l'appliquât au Testament. Ce ne serait là qu'un argument à contrario, et j'ai déjà eu occasion de dire que de pareils argumens ne sont pas toujours sûrs en droit. Il est dit dans l'art. 1339, que* le donateur ne peut réparer par aucun acte confirmatif, les vices d'une donation entre vifs ; nulle en la forme, il faut qu'elle soit refaite en la forme légale. *La loi ne contient point de disposition semblable par rapport au Testament ; et pourrait-on dire sérieusement que, par cette raison, il ne devrait pas en être, dans ce cas, du Testament comme de la donation ? Il s'agit donc de savoir si, relativement à notre question, il n'y a pas, et pour la donation et pour le Testament,* PARITÉ DE MOTIFS.

» Tout cela se réduit bien clairement à dire que le silence de l'art. 1340 sur les Testamens, ne doit pas empêcher qu'on ne juge pour le Testament confirmé, ratifié ou exécuté volontairement par les héritiers du testateur après sa mort, comme l'art. 1340 prescrit de juger pour la donation entre-vifs que les héritiers du donateur ont, après sa mort, confirmée, ratifiée ou exécutée volontairement ; mais que, si l'on peut et doit le juger ainsi, ce n'est point *vi legis*, c'est uniquement *identitate rationis.*

» Et il n'en faut pas davantage pour nécessiter le rejet du moyen de cassation que le demandeur prétend ici tirer de l'art. 1340 ; car, dès que l'art. 1340 ne porte pas textuellement sur les Testamens, il est impossible que vous regardiez l'art. 1340 comme violé par le refus qu'aurait fait la cour d'appel de Grenoble de l'appliquer au Testament du sieur de S..... de la B.....; il est impossible que vous trouviez dans ce refus autre chose qu'un mal jugé.

» Du reste, il ne sera pas inutile de chercher ici à apprécier l'opinion professée par M. Grenier, que l'art. 1340, quoiqu'étranger comme loi aux Testamens, leur est néanmoins applicable comme raison écrite et *par parité de motifs.*

» Le droit romain distinguait, par rapport à la question agitée par M. Grenier, entre la nullité qui ne portait que sur des legs, des fidéicommis ou toute autre disposition testamentaire à titre particulier, et la nullité qui viciait l'institution d'héritier.

» Lorsqu'il s'agissait de legs particuliers nuls dans la forme, l'héritier *ab intestat* ou institué était également non-recevable à les critiquer, soit que, connaissant le titre matériel dans lequel ils étaient écrits, il les eût payés ou en eût fait la délivrance, soit que, connaissant le même titre, il les eût simplement approuvés (1)

» Dans le cas où il les avait payés, il était non-recevable, comme le décidait expressément la loi 9, §. 5, D. *de juris et facti ignorantiâ*, en vertu de la règle générale qui interdisait toute répétition de choses payées indûment par erreur de droit.

» Dans le cas où, sans les payer, sans en faire la délivrance, il les avait simplement approuvés, il était encore non-recevable, en vertu de la loi 16, §. 1, C. *de Testamentis*, qui disait : *qui ex testamento vel ab intestato heres extiterit, etsi voluntas defuncti circà legata, seu fideicommissa, seu libertates, legibus non sit subnixa, tamen si sua sponte agnoverit, implendi eam necessitatem habet.* La loi 38, D. *de fideicommissariis libertatibus*, était fondée sur le même principe (2).

» Mais quand la nullité viciait l'institution d'héritier, l'héritier *ab intestat* était toujours admis à la proposer, quoiqu'il eût volontairement, et en pleine connaissance de cause, exécuté ou approuvé le Testament.

» Dans l'exercice de cette action, il n'avait pas à craindre les lois qui prohibaient la répétition des choses payées indûment par er-

(1) Pourvu que l'approbation fût contradictoire entre l'héritier *ab intestat* et le légataire. *V.* mon *Recueil de Questions de droit*, au mot *Testament*, §. 18.

(2) *V.* les conclusions du 8 messidor an 13 rapportées à l'article *Acte sous seing-privé*, §. 2.

reur de droit ; car l'héritier institué étant, par le droit romain, saisi de l'hérédité testamentaire, ni plus ni plus moins que l'héritier *ab intestat* était, à défaut de Testament, saisi de l'hérédité légitime, il était impossible qu'il se rencontrât une seule circonstance où l'héritier *ab intestat* pût être censé avoir fait, par erreur de droit, la délivrance de l'hérédité à l'héritier institué.

» On n'aurait donc pu opposer à l'action en nullité de l'héritier *ab intestat*, que l'approbation qu'il avait donnée au Testament, soit en recevant de l'héritier institué un legs que le testateur lui avait laissé, soit en partageant avec lui la succession, lorsque le testateur les avait institués tous deux conjointement; et dans l'un comme dans l'autre cas, les lois repoussaient cette exception; dans l'un comme dans l'autre cas, les lois voulaient que, nonobstant l'approbation donnée par l'héritier au Testament, son action en nullité fût accueillie.

» *Post legatum acceptum* (disait la loi 5, *de his quæ ut indignis*, au Digeste), *non tantùm licebit falsum arguere Testamentum.* SED ET NON JURE FACTUM CONTENDERE ; *inofficiosum autem dicere non permittitur.*

» *Si post divisionem factam* (disait également la loi 4, *de juris et facti ignorantiâ*, au Code), *Testamenti vitium in lucem emerserit, ex his quæ per ignorantiam confecta sunt, præjudicium tibi non comparabitur. Ostende igitur hoc apud Rectorem virum clarissimum, amicum nostrum, Testamentum vel fide veri deficere*, VEL JURIS RATIONE STARE NON POSSE, *ut, infirmatâ scripturâ quæ vice Testamenti prolata est, solidam successionem obtineas.*

» Quelle était la raison de cette différence entre l'approbation d'un legs et l'approbation d'une institution d'héritier? Pourquoi l'approbation volontairement donnée par un héritier testamentaire ou *ab intestat*, à un legs particulier, en couvrait-elle la nullité, tandis que l'approbation volontairement donnée par un héritier *ab intestat*, au Testament qui contenait une institution d'héritier, n'empêchait pas celui-ci de réclamer contre l'institution et de la faire déclarer nulle?

» Furgole, dans son *Traité des Testamens*, chap. 6, sect. 3, n° 144, va nous expliquer clairement cette différence. *On, en trouve les raisons* (*dit-il*) *dans les lois* 22 *et* 23, *C.* de fideicommissis. *Lorsque l'héritier testamentaire ou ab* intestat (dit-il) *reconnaît et approuve la volonté du défunt au sujet des legs ou fidéicommis non revêtus des formalités de droit, il ne fait que satisfaire à une obligation qu'il connaît lui avoir été imposée, et exécuter avec fidélité la volonté du défunt, au sujet de laquelle le défunt s'en est confié à sa probité; et l'on ne considère point si les legs ou fidéicommis sont revêtus des formalités ou non,* cùm non ex solâ scripturâ, sed ex conscientiâ relicti fideicommissi, voluntati defuncti satisfactum esse videtur; *ce qui ne peut avoir aucune application au cas de la réception du legs, nonobstant laquelle les lois veulent que les successeurs* ab intestat *puissent faire valoir la nullité du Testament, et demander l'hérédité du défunt; car autre chose est approuver un Testament nul par la réception du legs qui y est contenu, autre chose est approuver un legs ou fidéicommis* in individuo ; *et quoique ce legs ou fidéicommis soit nul*, inutiliter relictum sit, legibus non sit subnixum, *il acquiert sa perfection et il devient obligatoire par l'approbation de l'héritier, parce que les legs et les fidéicommis dépendent absolument de la volonté, et que la formalité n'est nécessaire que pour la preuve, en sorte que, si cette volonté est reconnue par l'héritier, la formalité n'est plus nécessaire, vu que la volonté est prouvée par l'aveu et la reconnaissance de l'héritier, au lieu que, quand il est question d'une hérédité, la seule volonté, quoiqu'elle soit suffisamment constatée, ne suffit pas : il faut qu'elle soit revêtue des formalités que la loi exige, afin qu'elle soit efficace. Pour la preuve de ces différences, on peut voir la loi dernière, C.* de fideicommissis ; *la loi* 36, §. 1, *D.* de testamento militis, *la loi* 1re, §. 1, *la loi* 11, §. 19, *la loi* 21, *D.* de legatis 3°, *les* §. 7 *et* 8, *Inst.* quibus modis Testamenta infirmentur, *et autres textes semblables.*

» Maintenant, quelle application ces distinctions du droit romain peuvent-elles recevoir dans notre jurisprudence ?

» Il paraît qu'avant le Code civil, on tenait pour maxime, dans les pays de droit écrit, que, conformément aux lois romaines, l'héritier *ab intestat* ne perdait pas, en exécutant volontairement le Testament du défunt, par l'acceptation d'un legs, la faculté de le faire annuler pour vice de forme. *Quoiqu'on ne trouve point* (dit Furgole, à l'endroit cité, n° 146) *dans les arrestographes du parlement de Toulouse, d'arrêt qui ait nettement jugé la question si le successeur* ab intestat *qui a reçu le legs, connaissant la nullité du Testament, est recevable à l'attaquer, et à demander la succession* ab intestat, *on peut comprendre, par les raisonnemens que M. de Catellan fait au livre* 2, *chap.* 33, *et par l'arrêt du* 29 *novembre* 1690,

rapporté par Albert, que ce parlement jugerait cette question en faveur des successeurs ab intestat, *si elle s'y présentait; car on n'y fait point de distinction entre celui qui connaît et celui qui ignore la nullité, lorsqu'il approuve le Testament; et il a été rendu un arrêt, le 13 décembre 1740, en la première chambre des requêtes, au rapport de M. de Cambon, qui l'a jugé ainsi dans un cas bien approchant.*

» Mais il paraît aussi que, dans les pays coutumiers où l'institution proprement dite d'héritier était inconnue, où du moins elle n'avait que l'effet d'un legs, on jugeait, d'après les dispositions des lois romaines concernant les legs nuls acquittés volontairement ou seulement approuvés par l'héritier *ab intestat*, que l'héritier *ab intestat* ne pouvait plus arguer de nullité, pour vice de forme, après l'avoir exécuté ou simplement approuvé en connaissance de cause, le Testament qui le privait, soit de la totalité, soit d'une portion quelconque de la succession. Brodeau, sur Loüet, lettre L, §. 6, rapporte plusieurs arrêts du Parlement de Paris, qui ont jugé *que, bien qu'un Testament nul et défectueux ne puisse pas être rendu valable, juste et solennel par les actes approbatifs de l'héritier* ab intestat, *toutefois il se soutient, et celui qui l'a approuvé, est repoussé par une fin de non-recevoir, de sa demande en pétition de l'hérédité, ne pouvant aller contre son propre fait;* et il y a plusieurs arrêts des autres cours qui ont jugé de même.

» Peut-être n'a-t-on pas assez réfléchi, en rendant ceux de ces arrêts qui portaient sur le cas où il n'y avait pas eu délivrance, mais simple approbation de legs nuls dans la forme, que les dispositions des lois romaines concernant les legs nuls, simplement approuvés par l'héritier *ab intestat*, étaient fondées sur un principe qui, depuis long-temps, n'est plus admis par la jurisprudence, savoir : que les legs tiennent toute leur existence de la volonté du testateur, de quelque manière qu'elle soit prouvée, et que les formalités testamentaires ne sont pas de leur essence; peut-être n'a-t-on pas assez réfléchi que la jurisprudence moderne ayant admis le principe contraire, savoir, que les legs n'existent et ne peuvent exister que par l'accomplissement littéral des formalités prescrites pour constater légalement la volonté du testateur (1), les lois romaines qui déclaraient l'héritier *ab intestat* non-recevable à critiquer les legs qu'il avait une fois approuvés en connaissance de cause, n'avaient plus de base dans notre jurisprudence, même telle qu'elle était avant le Code civil, et qu'on devait, dès cette époque, raisonner à l'égard des legs, comme l'avaient fait les jurisconsultes de Rome, à l'égard des institutions d'héritiers.

» Mais cette manière de juger était trop bien affermie dans les pays coutumiers, avant le Code civil, pour qu'il fût alors possible de l'ébranler.

» Que fait là-dessus le Code civil? Approuve-t-il ou condamne-t-il là-dessus la jurisprudence des pays de droit écrit? Approuve-t-il ou condamne-t-il là-dessus la jurisprudence des pays coutumiers? Donne-t-il là-dessus la préférence à l'une ou à l'autre de ces deux manières de juger? Ou les modifie-t-il toutes deux?

» En méditant ces questions, il nous a d'abord paru qu'il ne serait pas déraisonnable de soutenir que le Code civil abroge les dispositions des lois romaines d'après lesquelles on jugeait ci-devant, dans les pays de droit écrit, comme dans les pays coutumiers, que l'héritier était non-recevable à répéter le legs nul dans la forme, qu'il avait payé par erreur de droit.

» On peut dire, en effet, qu'il les abroge, 1° en déclarant, art. 1235, sans distinguer entre l'erreur de droit et l'erreur de fait, que *tout paiement suppose une dette*, et que *ce qui a été payé sans être dû, est sujet à répétition*; 2° en déclarant, art. 1376, avec la même généralité d'expressions, et toujours sans distinguer entre l'erreur de fait et l'erreur de droit, que *celui qui reçoit par erreur ou sciemment ce qui ne lui est pas dû, s'oblige à le restituer à celui de qui il l'a indûment reçu.*

» Il est vrai que le premier de ces articles exclud la répétition *à l'égard des obligations naturelles qui ont été volontairement acquittées.* Mais peut-on qualifier d'*obligation naturelle*, le legs nul dans la forme, dont un testateur charge son héritier? Les Testamens appartiennent tout au droit civil, par le droit naturel; l'homme perd, en mourant, la faculté de disposer de ses biens pour un temps où il ne sera plus; le droit naturel ne peut donc entrer pour rien dans les obligations qui résultent d'un Testament.

» Mais s'il était bien constant que le Code

(1) Cela est si vrai que l'on n'observait plus en France, même avant le Code civil; la loi 23, C. *de fideicommissis*, qui voulait que l'héritier, sur la demande qui lui était faite d'un fidéicommis dont la preuve légale n'était point écrite dans un Testament régulier, fût tenu de se purger par serment sur l'existence prétendue de cette disposition. V. ci-devant, sect. 2, §. 1, art. 2, n° 2.

civil abroge les lois romaines qui ôtaient à l'héritier la répétition des legs indûment payés par erreur de droit, à plus forte raison abrogerait-il, au moins implicitement, celles de ces mêmes lois qui attribuaient à la simple approbation donnée par l'héritier à un legs nul dans la forme, l'effet d'en couvrir la nullité. Payer un legs nul dans la forme, c'est, non-seulement l'approuver, mais encore l'exécuter. Si donc l'approbation suivie d'un paiement, ne suffisait pas pour exclure l'héritier de la répétition d'un legs nul, comment la simple approbation pourrait-elle l'exclure du droit de faire annuler le legs pour se dispenser de le payer?

» Qu'est-ce, d'ailleurs, que la simple approbation d'un legs nul dans la forme? Rien autre chose qu'un consentement à ce qu'il soit exécuté. Or, l'art. 1109 du Code civil dit en général *qu'il n'y a point de consentement valable, si le consentement n'a été donné que par erreur;* et il ne distingue pas plus que ne font les art. 1235 et 1376, entre l'erreur de droit et l'erreur de fait.

» Enfin, le Code civil ne parle de la distinction entre l'erreur de fait et l'erreur de droit, que dans deux de ses textes qui n'ont rien de commun avec les Testamens, ni même avec les obligations ordinaires. Ces textes sont l'art. 1356 et l'art. 2052. Par l'un, le Code civil déclare que *l'aveu judiciaire ne pourrait être révoqué sous prétexte d'une erreur de droit;* il dit, par l'autre, que *les transactions ne peuvent être attaquées pour cause d'erreur de droit*, parcequ'elles *ont, entre les parties, l'autorité de la chose jugée en dernier ressort.* Et il est facile de sentir que ce sont là des exceptions fondées sur le respect dû, dans le cas de l'art. 1356, à ce qui se fait sous l'autorité du juge; et, dans le cas de l'art. 2052, au caractère des transactions: il est facile de sentir que ces exceptions, par cela seul qu'elles sont restreintes à deux cas singuliers, prouvent qu'il est dans l'esprit général du Code civil, de n'admettre, dans toute autre cas, aucune différence entre l'erreur de droit et l'erreur de fait.

» Mais si, de tout cela, on était fondé à conclure que l'approbation qui, par erreur de droit, a été donnée par l'héritier *ab intestat*, à un legs nul dans sa forme, n'élève pas une fin de non-recevoir contre la demande en nullité de ce legs, il faudrait bien que l'on pût en conclure aussi qu'il ne peut pas non plus résulter de fin de non-recevoir contre l'héritier *ab intestat*, de l'approbation qu'il a donnée, par erreur de droit, à une institution d'héritier.

» De deux choses l'une, en effet: ou l'institution d'héritier saisit l'institué de la succession, sans délivrance préalable de la part de l'héritier *ab intestat*, ce qui arrive toujours lorsque le testateur ne laisse aucun parent à qui la loi accorde une *réserve;* ou elle nécessite une délivrance préalable de la part de l'héritier *ab intestat*, pour que la saisine de la succession puisse reposer sur la tête de l'institué.

» Au premier cas, l'institution d'héritier se retrouve placée, par le Code civil, dans la même catégorie où elle l'était par le droit romain; et dès-là, nulle raison, nul prétexte pour ne pas appliquer, sous le Code civil, les dispositions du droit romain qui refusaient à l'approbation donnée au Testament par l'héritier *ab intestat*, la vertu d'en couvrir la nullité quant à l'institution.

» Au second cas, l'institution d'héritier n'équivaut qu'à un simple legs; et là, par conséquent, s'appliquent, dans toute leur étendue, les raisonnemens d'après lesquels on pourrait soutenir que le legs nul acquitté par l'héritier *ab intestat*, peut, sous le Code civil, être répété par lui, lors même qu'en l'acquittant, il en a reconnu le vice matériel, et qu'il n'a pu ignorer, que par erreur de droit, la nullité qui résultait de ce vice.

» Il est, au surplus, bien indifférent que l'art. 1340 en dispose autrement pour la donation entre-vifs. La donation entre-vifs étant un véritable contrat, produit, lors même qu'elle n'est pas revêtue de toutes les formes requises pour la rendre exécutoire, une obligation naturelle contre l'héritier du donateur, et il est tout simple que l'héritier ne puisse plus revenir contre cette obligation naturelle, après l'avoir exécutée, nonobstant la connaissance qu'il avait des vices dont elle était entachée. Mais peut-on appliquer le même motif à une libéralité testamentaire? Non certainement. On ne peut donc pas étendre à une libéralité testamentaire une disposition qui, par le texte même de l'art. 1340, est restreinte à la donation entre-vifs.

» Enfin, messieurs, cette doctrine a été sanctionnée par deux arrêts formels de la cour d'appel de Turin.

» Dans l'espèce du premier, il s'agissait d'un Testament attaqué par les femmes Beltramo et Massolino, faute de mention expresse qu'il eût été écrit de la propre main du notaire. Le sieur Montanara, héritier institué, leur opposait un acte notarié du 11 brumaire an 13, par lequel ces deux femmes, l'une sans l'autorisation, l'autre avec l'autorisation de son mari, avaient reçu chacune 50 francs, *pour estimation et final paiement*, y était-il dit, *de tous*

les droits qu'elles peuvent espérer dans l'hérédité de la défunte, à raison du Testament ci-dessus cité; et il inférait de là que les femmes Beltramo et Massolino avaient couvert la nullité du Testament.

» Jugement qui, sans avoir égard à la fin de non-recevoir, déclare le Testament nul.

» Appel de la part du sieur Montanara; et le 4 mars 1806, arrêt qui, après avoir établi que la nullité du Testament n'est pas douteuse, et que la femme Beltramo n'a pas pu en couvrir la nullité par l'acte du onze brumaire an 13, parcequ'elle y est intervenue sans l'autorisation de son mari, ajoute: *considérant, pour ce qui concerne l'intérêt de la dame Massolino, que la libération par elle faite à Montanara, avec l'autorisation de son mari, n'eut d'autre motif que celui de la supposition que ledit Montanara fût réellement héritier de la demoiselle Bassu; que cette supposition venant à manquer, attendu la nullité du Testament, la libération ne peut produire d'effet au profit de Montanara, surtout pour le faire considérer comme héritier, lorsqu'il ne l'est pas, puisque, comme le dit le président Favre, en la définition 7, liv. 6, tit. 12, de son Code,* nemo ex solâ confessione adversarii fit hæres; *qu'au surplus, la libération susdite ne peut être regardée, ni comme une reconnaissance de la validité du Testament en question, ni comme un empêchement à en proposer la nullité, puisqu'il ne paraît même pas que ledit Testament ait été ni connu ni communiqué à la dame Massolino et à son mari, ni qu'il ait été question de transiger sur sa nullité; de sorte que toutes les déclarations y contenues n'ont de base que dans une fausse supposition et dans une erreur qui, d'après les principes de la matière développés dans le titre* de juris et facti ignorantiâ, *du Digeste, ne doit point profiter à Montanara, surtout vis-à-vis de personnes non versées dans les nouvelles lois, et qui réclament une succession qui leur appartient de droit; dit avoir été bien jugé, mal appelé,* etc.

» Le second arrêt n'est pas moins positif.

» Il y était question, comme dans l'espèce du premier, d'un Testament que le défaut de mention qu'il eût été écrit par le notaire, frappait d'une nullité radicale. Pour couvrir cette nullité, les héritiers testamentaires articulaient que la dame Albertini, héritière *ab intestat* du testateur, et leur co-instituée, avait approuvé et exécuté le Testament, en partageant la succession avec eux sur le pied du Testament même. Les premiers juges avaient écarté la fin de non-recevoir et annulé le Testament. Sur l'appel, la cour de Turin, à son audience du 24 mars 1806, pose deux questions: l'une, si le Testament est nul; l'autre, si la nullité en est couverte. Elle décide, d'abord, la première question pour l'affirmative; puis elle continue ainsi: *considérant, sur la deuxième question, qu'on ne peut point transférer sans cause légitime, son bien à autrui; qu'on ne présume point des libéralités gratuites, lorsqu'elles ne sont pas expressément faites; qu'il ne résulte point des actes que l'intimée ait, par transaction ou par autre titre légitime, admis comme régulier ledit Testament, quoique nul dans la forme,* inspectis, lectis cognitisque ejus verbis; *que* iniquum est permi id de quo cogitatum non est; *qu'en conséquence, en supposant même la vérité des faits proposés par les appelans en leur exploit d'appel du 25 floréal an* 12, *et qu'ils n'ont pas soutenus en leurs conclusions à l'audience, il n'en résulterait pas même la validité dudit Testament; dit avoir été bien jugé.....*

» Voilà, messieurs, les argumens et les autorités d'après lesquelles on serait peut-être fondé à juger que la disposition de l'art. 1340 du Code civil doit être limitée à ses propres termes; et que ce qu'elle règle pour les donations entre-vifs, ne peut pas, sous le prétexte d'identité de raison, être étendu aux Testamens (1).

(1) En exposant ainsi le pour et le contre sur cette question, je ne l'ai pas résolue définitivement, et je n'ai pas dû le faire, parcequ'elle n'était pas précisément celle de la cause que j'avais à discuter. Mais comment faudrait-il la résoudre, si elle se représentait dans une espèce semblable à celle du second des deux arrêts de la cour d'appel de Turin que j'ai cités dans mes conclusions, c'est-à-dire, dans le cas où l'héritier légitime, après avoir pris connaissance du testament nul dans la forme, l'a exécuté volontairement?

Je crois qu'elle devrait être jugée en sens contraire à cet arrêt.

Il est certain que, d'après les principes du Code civil, vous n'êtes pas lié par une obligation que vous avez contractée par erreur de droit; et que vous pouvez répéter ce qu'une erreur de droit vous a fait payer indûment; mais il est certain aussi que l'erreur de droit ne se présume pas plus que l'erreur de fait, et que c'est à celui qui s'en prévaut, à la prouver.

Or, comment, après avoir pris, envers les légataires du défunt dont vous êtes l'héritier légitime, l'engagement de leur payer leurs legs, ou après les leur avoir effectivement payés, prouverez-vous que c'est par erreur de droit que vous avez fait l'un ou l'autre? Les légataires vous diront que deux motifs ont pu vous y déterminer, l'erreur de droit et l'in-

» Mais après tout, cette extension, si nous devons l'admettre avec M. Grenier, ne peut, du moins et M. Grenier en convient lui-même, être que *doctrinale*; elle ne peut pas avoir l'effet de rendre l'art. 1340 applicable, *comme loi*, aux Testamens; et, conséquemment, elle

---

tention d'honorer la mémoire de votre parent; que, de ces deux motifs, le premier ne peut pas se présumer, et que par conséquent c'est le second qui est censé vous avoir dirigé. Et qu'aurez-vous à leur opposer? Rien autre chose que la maxime, *nemo præsumitur facere suum*; mais que devient cette maxime, lorsqu'elle se trouve en conflit avec le principe qui exclud toute présomption de l'erreur de droit? Elle en neutralise sans doute l'application, si l'engagement ou le paiement contre lesquels vous réclamez, n'ont pu avoir que l'erreur de droit pour mobile; mais elle est sans force dans le cas contraire, et comme c'est précisément dans le cas contraire que vous vous trouvez, il est clair que votre réclamation doit être rejetée.

Voici au surplus un arrêt de la cour supérieure de justice de Bruxelles, qui le juge ainsi.

Le 14 prairial an 11, Philippe-Étienne Drion, sentant approcher sa dernière heure, fait appeler ses plus proches parens, et dicte en leur présence un Testament dont il confie l'exécution aux sieurs Piton et Spinetto, mais qu'il n'a pas le temps de faire revêtir des solennités requises: cependant tous ses successibles lui en promettent l'exécution.

Fidèles à leur promesse, ceux-ci laissent les deux exécuteurs testamentaires remplir leur mission, vendre le mobilier et payer les legs; ils reçoivent même leur compte et en touchent le reliquat.

Treize ans après, l'un d'eux, François-Xavier Drion, est actionné par les autres à fin de partage d'une maison qui lui a été léguée par le Testament uniforme de leur auteur.

Il convient de la nullité de ce Testament; mais pour établir que l'action intentée contre lui, est non-recevable, il offre de prouver

« 1° Que, lorsque le Testament a été dicté le 14 prairial an 11, par feu Philippe Drion, les demandeurs ou leurs représentans avaient été convoqués pour leur faire ses adieux, et être présens à l'expression de sa dernière volonté;

« 2° Qu'étant à la dernière extrémité et dans l'impossibilité d'avoir en ce moment un notaire, il leur a fait connaître son inquiétude sur la validité de l'acte qu'il dictait;

» 3° Qu'à l'instant, ses héritiers répondirent sur leur honneur, qu'il serait exécuté;

» 4° Que leur oncle Philippe Drion étant décédé, le sieur Anselme Piton, son beau-frère, nommé exécuteur Testamentaire, avec le sieur Spinetto, par le Testament, firent faire inventaire des objets mobiliers de la succession et procédèrent à la vente d'icelle;

» 5° Qu'en leur qualité d'exécuteurs testamentaires et en conformité du Testament, compte leur fut rendu, accepté, et par suite les deniers en provenus partagés,

« 6. Qu'ils autorisèrent les exécuteurs testamentaires à faire la délivrance, en tout ou en partie, des legs énoncés audit Testament;

» 7° Qu'en effet, en vertu de cette autorisation, la volonté expresse du sieur Philippe Drion fut exécutée, en tout ou en partie, par la délivrance des legs dont ils ont reçu décharge;

» 8° Que les termes fixés par la loi relative aux pouvoirs des exécuteurs testamentaires, étant expirés, le sieur Anselme Piton, leur oncle, fut, par acte authentique, spécialement autorisé par les demandeurs à gérer et négocier leurs intérêts, selon et d'après la volonté expresse et positive du testateur;

» 9° Que compte de leur gestion fut rendu et approuvé, et que, depuis treize ans, aucun acte contraire n'a été fait par les demandeurs ».

Le 19 janvier 1815, jugement du tribunal de première instance de Charleroi, qui admet la preuve de ces faits *tant par titres que par témoins, sauf à décider d'après l'ensemble de la preuve, si l'exécution est suffisante pour fonder la fin de non-recevoir du défendeur.*

Appel de la part des héritiers de François-Xavier Drion.

Ils soutiennent d'abord, en se fondant sur l'art. 1130 du Code civil, et en invoquant l'arrêt de la cour de cassation du 18 janvier 1813, rapporté ci-après, sect. 4, art. 3, que la preuve des trois premiers faits est inadmissible, parcequ'elle tendrait à établir une manière de tester reprouvée par la loi.

Ils ajoutent que la preuve des autres faits ne pourrait être faite que par titres; et que cependant le premier juge a permis de la faire tant *par titres que par témoins.*

Et ils finissent par observer que cette preuve, fût-elle même rapportée par écrit, serait encore insignifiante, parceque, si le legs de la maison était déclaré valable, il serait sujet à rapport.

L'intimé répond que, si les trois premiers faits ne sont pas pertinens par eux-mêmes, il ne laissent pas de se lier avec les autres, et que ceux-ci portant le caractère de l'exécution d'un Testament librement consentie par toutes les parties interessées, il en résulte, d'après les lois romaines, l'art. 1340 du Code civil et tous les auteurs, que ses cohéritiers sont non-recevables dans leur action; que sans doute la preuve par témoins des faits d'exécution ne serait pas admissible, si elle était isolée; mais que les premiers juges ne l'ont admise que concurremment avec la preuve par titres; qu'enfin, la question de savoir si le legs de la maison est sujet à rapport, est prématurée, et qu'il faut avant tout statuer sur la validité de cette disposition.

Par arrêt du 28 juillet 1817,

« Attendu que les appelans ont conclu en première instance à la nullité du Testament dont il s'agit, et que l'intimé y a opposé une fin de non-recevoir résultant de l'approbation et exécution volontaire qu'il prétend y avoir été donnée par les appelans qui en connaissaient tous les vices;

« Attendu que cette contestation est préjudicielle à celle relative aux droits qui pourraient résulter de ce Testament, soit en matière de rapport, ou autrement;

» Attendu que les faits articulés, et dont le pre-

ne pourrait jamais motiver la cassation d'un arrêt qui soustrairait un Testament à l'empire de l'art. 1340.

» Et dès-lors, quand nous supposerions ici avec le demandeur, que l'arrêt attaqué s'écarte, par rapport au Testament dont il s'agit, du principe consacré, pour les donations entre-vifs, par l'art. 1340, nous aurions à dire que, si l'arrêt attaqué a mal jugé, il n'a du moins violé aucune loi positive, et qu'il doit être maintenu.

» Mais, allons plus loin : accordons au demandeur que la disposition de l'art. 1340 du Code civil est commune aux Testamens et aux donations entre-vifs, et voyons si, dans cette supposition, l'arrêt attaqué par le demandeur, pourra être cassé.

» Sans contredit, il pourrait et il devrait l'être dans cette supposition, s'il était bien constant que c'est volontairement que la dame de C.... a exécuté le Testament du sieur S.... de la B ....; car, aux termes de l'art. 1340, l'héritier du donateur n'est plus recevable à arguer de nullité la donation qui a reçu, de sa part, une exécution volontaire.

» Mais l'arrêt attaqué juge qu'il n'y a pas eu exécution volontaire du Testament du sieur de S.... de la B...., de la part de la dame de C....; et il le juge d'après un principe et un fait.

» Le principe est que l'exécution d'une donation nulle dans la forme, ne peut pas être censée volontaire dans le sens de l'art. 1340, si elle n'a été précédée ou accompagnée d'une connaissance parfaite de l'état matériel de l'acte de donation, et si, par là, l'héritier n'a été mis à portée d'apprécier la nullité dont cet acte pouvait être vicié, et de renoncer au droit de la faire valoir.

» Le fait est que la dame de C..., lorsqu'elle a exécuté le Testament du sieur de S.... de la B..., n'en connaissait pas le véritable état matériel; qu'elle a eu les plus justes sujets de croire que la minute de ce Testament contenait une mention exacte et parfaitement légale de la lecture qui avait dû en être faite au testateur, et du soin que le notaire avait dû prendre de l'écrire lui-même; et que cependant elle a été trompée sur ces deux points essentiels.

» Que la cour d'appel de Grenoble ait ou n'ait pas erré sur le fait, c'est ce qu'il ne nous appartient pas de rechercher. De quelque manière qu'elle ait été jugé le fait, il suffit qu'elle l'ait jugé, pour qu'à cet égard, son arrêt soit inattaquable; ou du moins son arrêt ne pourrait être attaqué à cet égard, qu'autant qu'en prononçant sur le fait, elle aurait puisé sa conviction dans des élémens réprouvés par la loi, ou, en d'autres termes, qu'autant que les second, troisième et quatrième moyens de cassation du demandeur seraient fondés.

» Nous devons donc, quant à présent, et pour nous fixer définitivement sur le premier moyen de cassation du demandeur, nous borner à l'examen de cette seule question : Est il vrai, comme l'a jugé, en droit, la cour d'appel de Grenoble, que l'art. 1340 n'est applicable qu'au cas où l'héritier, en exécutant une donation nulle, en a connu, non-seulement l'existence, mais encore l'acte matériel, et a été mis à portée d'en découvrir la nullité et de renoncer au droit de s'en prévaloir?

» Pour bien apprécier l'art. 1340, il faut le rapprocher de l'art. 1338.

» L'art. 1338 est ainsi conçu :

» *L'acte de confirmation ou ratification d'une obligation contre laquelle la loi admet l'action en nullité ou en rescision, n'est valable que lorsqu'on y trouve la substance de cette obligation, la mention du motif de l'action en rescision, et l'intention de réparer le vice sur lequel cette action est fondée.*

» *A défaut d'acte de confirmation ou ratification, il suffit que l'obligation soit exécutée volontairement après l'époque à laquelle l'obligation pouvait être valablement confirmée ou ratifiée.*

» *La confirmation, ratification ou exécution volontaire dans les formes et à l'époque déterminées par la loi, emporte la renonciation aux moyens et exceptions que l'on pouvait opposer contre cet acte, sans préjudice néanmoins aux droits des tiers.*

---

mier juge a ordonné la preuve, en *réservant*, d'après l'ensemble, de statuer sur leur suffisance, tendent à établir cette approbation et exécution volontaire de la part des appelans, malgré qu'ils eussent connaissance des nullités du Testament, et que, sous ce rapport, ces faits sont *relevans* (pertinens)

» Attendu que le premier juge n'a pas admis l'intimé à faire la preuve par témoins seulement, mais tant par titres que par témoins, qu'ainsi, les appelans sont en tiers, à défaut de production de titres dont il résulterait un commencement de preuve par écrit de cette approbation et exécution, de s'opposer devant le premier juge à la preuve testimoniale,

» La cour déclare les appelans sans griefs, quant à présent, par suite, met l'appellation au néant, avec amende et dépens; les appelans néanmoins entiers dans *leurs* droits et exceptions devant le premier juge, contre la preuve testimoniale à défaut de production de titres suffisans (1) ».

(1) Jurisprudence de la cour supérieure de Bruxelles, année 1817, tome 2, page 66.

» Vous voyez, messieurs, que, par les dispositions de cet article, l'exécution volontaire d'un contrat nul est mise sur la même ligne que la confirmation ou ratification expresse et spéciale de ce contrat, et qu'elle en couvre la nullité ni plus ni moins que celle-ci.

» Mais pour qu'elle opère cet effet, suffit-il que la partie à qui on l'oppose, ait connu l'existence du contrat en l'exécutant? Ne faut-il pas de plus qu'il soit prouvé que, dès-lors, elle en connaissait tellement l'état matériel, qu'il lui eût été impossible de n'en pas connaître les nullités, et que, si elle ne les eût pas connues, ce n'eût pu être que par une erreur de droit, qui ne se présume jamais.

» Cette question s'est présentée à l'audience de la section des requêtes, dans une affaire sur laquelle nous portions la parole....(1).

» Il est donc jugé bien clairement que, pour que l'exécution d'un contrat nul soit réputée volontaire et couvre la nullité de ce contrat, il ne suffit point que la partie de qui sont émanés les actes d'exécution, ait connu, lors de ces actes, l'existence du contrat; et que, s'il n'est pas prouvé, en outre, qu'elle en a connu les vices, ces actes d'exécution ne peuvent avoir contre elle l'effet d'une confirmation ou ratification.

» Mais s'il en est ainsi d'un contrat à titre onéreux, pourquoi n'en serait-il pas de même d'une donation?

» C'est, dit le demandeur, parceque l'art. 1340 ne contient pas les mêmes dispositions que l'art. 1338; c'est encore parceque le législateur a dû se montrer plus facile pour la confirmation des actes de libéralité, que pour la confirmation des contrats à titre onéreux.

» De ces deux raisons, la seconde ne présente évidemment qu'un paradoxe. La partie qui confirme, ratifie ou exécute un contrat à titre onéreux dont elle pourrait demander la nullité, ne perd pas tout par la confirmation, la ratification ou l'exécution qu'elle en fait: le contrat qu'elle confirme, ratifie ou exécute, étant commutatif, elle conserve nécessairement les avantages qu'elle en a tirés. Au lieu que l'héritier du donateur, qui confirme, ratifie ou exécute la donation qu'il pourrait faire déclarer nulle, renonce gratuitement à un droit qui lui est acquis; il se dépouille sans avoir reçu préalablement aucune indemnité; il s'exproprie sans aucun retour de la part du donataire à qui il fait le sacrifice de son droit. Et comme la rénonciation gratuite à un droit acquis ne se présume pas, il doit être bien plus difficile de présumer que l'héritier d'un donateur a ratifié une donation entachée de nullité, qu'il ne l'est de présumer qu'une partie contractante à titre onéreux a ratifié la convention dont elle aurait pu faire prononcer l'annullation. Il serait donc bien étrange que le législateur eût exigé, dans l'art. 1338, plus de précautions qu'il n'en a exigé dans l'art. 1340.

» Aussi ne l'a-t-il pas fait; car, et c'est ce qui répond à la première raison du demandeur, l'art. 1340 se réfère évidemment à l'art. 1338.

» L'art. 1338 commence par déterminer les caractères que doit avoir la confirmation ou ratification d'un contrat à titre onéreux, pour qu'elle emporte renonciation au droit de faire annuler ce contrat; il déclare que, soit que la confirmation ou ratification se fasse par un acte exprès et formel, soit qu'elle s'opère tacitement par l'exécution volontaire du contrat même, elle sera sans effet, s'il n'est pas prouvé qu'elle a eu lieu avec pleine connaissance du motif de l'annullation, et avec l'intention bien claire de réparer la nullité; mais il déclare en même temps que cette connaissance et cette intention étant prouvées, la confirmation ou ratification couvrira tous les vices du contrat.

» Vient ensuite l'art. 1339, lequel, par exception à la règle qui vient d'être établie, veut que la donation nulle ne puisse, en aucun cas, être confirmée ou ratifiée du vivant du donateur.

» Enfin, l'art. 1340 voulant limiter cette exception au donateur, ajoute qu'il en sera autrement à l'égard de ses héritiers, et que, pour eux, la confirmation, la ratification ou l'exécution volontaire d'une donation nulle, emportera renonciation au droit d'en faire prononcer la nullité.

» De quelle confirmation, de quelle ratification, de quelle exécution volontaire, est-il question dans cet article? C'est bien évidemment de la confirmation, de la ratification, de l'exécution volontaire, dont il a été parlé dans l'art. 1338; c'est de la confirmation, de la ratification, de l'exécution volontaire, qui est précédée ou accompagnée de la connaissance des vices de l'acte et de l'intention de les couvrir; c'est, en un mot, de la confirmation, de la ratification, de l'exécution volontaire, qui, par le droit commun dans lequel les héritiers du donateur rentrent en cette matière, est seule capable de couvrir les nullités de l'acte confirmé, ratifié ou exécuté.

» Telle était bien évidemment la pensée du tribunat, lorsque, dans ses observations sur le projet de l'art. 1340 que le conseil

(1) *V.* le plaidoyer et l'arrêt du 27 août 1812, rapporté au mot *Ratification*, no 9.

d'état lui avait communiqué, il demandait qu'après les mots, CONFIRMATION OU RATIFICATION, on ajoutât, comme on l'a fait, OU EXÉCUTION VOLONTAIRE. *Cette addition* (disait-il) *a paru nécessaire pour annoncer que, dans ce cas particulier*, COMME DANS LES CAS GÉNÉRAUX PRÉVUS PAR LE DEUXIÈME PARAGRAPHE DE L'ART. 1338, *l'exécution volontaire de l'acte produit le même effet que la confirmation ou ratification.* On ne pouvait certainement pas reconnaître en termes plus clairs, que l'objet et le but de l'art. 1340 étaient de placer les héritiers du donateur, par rapport à la confirmation, ratification ou exécution volontaire d'une donation, dans la même position où l'art. 1338 place les parties et leurs héritiers par rapport à la confirmation, ratification ou exécution volontaire d'un contrat à titre onéreux.

» Le demandeur oppose à cela les conclusions que nous avons données à votre audience du 23 juin 1813, dans l'affaire du général de Frégeville, et l'arrêt que vous avez rendu le même jour sur cette affaire.

» Mais il ne cite exactement, ni nos conclusions, ni l'arrêt qui les a adoptées.

» Il s'agissait, dans cette affaire, d'une donation mutuelle entre époux, que le général de Frégeville, héritier du donateur, attaquait par deux moyens, par un prétendu vice de forme et par un prétendu défaut de réciprocité ; et l'une des questions principales était de savoir si la cour d'appel de Montpellier avait violé l'art. 1340 du Code civil, en rejetant la fin de non-recevoir que la donataire avait tirée contre le général de Frégeville, de ce qu'il avait, par une transaction et par plusieurs autres actes subséquens, exécuté la donation comme valable et régulière.

» *Qu'elle n'ait pas violé cet article* (avons nous dit), *en jugeant la fin de non-recevoir non fondée quant à l'exception résultant du défaut de réciprocité de la donation, c'est ce qui nous paraît incontestable...* (1).

» Voilà, messieurs, dans quels termes nous nous sommes expliqués sur l'affaire du général de Frégeville ; et, comme vous le voyez, nous avons professé, sur cette affaire, les mêmes principes qui sont proclamés par l'arrêt attaqué aujourd'hui par le demandeur.

» Mais ce qu'il importe bien plus de remarquer, c'est qu'en cassant l'arrêt que la cour d'appel de Montpellier avait rendu, dans cette affaire, en faveur du général de Frégeville, vous avez clairement supposé que cet arrêt aurait été à l'abri de la cassation, s'il n'eût pas été prouvé, avec la plus grande évidence, que le général de Frégeville connaissait parfaitement la teneur de l'acte de donation, lorsqu'il l'avait exécuté.

» *Vu* (avez-vous dit) *les art.* 1340..... *du Code civil...; et attendu* 1° *que, bien qu'il paraisse invraisemblable*, etc.... (1).

» Assurément, dans la rédaction de cet arrêt, vous ne vous seriez pas attachés avec autant de soin à développer les motifs qui vous portaient à penser que le général de Frégeville avait eu, dans la personne de son mandataire, une connaissance parfaite de la teneur littérale de l'acte de donation, si vous n'aviez pas reconnu que c'était de la preuve de cette connaissance que dépendait la nécessité d'appliquer l'art. 1340 ; si vous n'aviez pas reconnu que l'art. 1340 n'attribue à la confirmation, à la ratification, à l'exécution volontaire dont il parle, l'effet de couvrir les nullités des donations, que dans les cas et sous les conditions déterminées par l'art. 1338 ; si vous n'aviez pas, en quelque sorte, préjugé à l'avance que, dans l'espèce actuelle, le défaut de preuve positive que la dame de C..... ne connaissait pas la teneur littérale du Testament du sieur S.... de la B..., lorsqu'elle l'a exécuté, forme un obstacle invincible à ce qu'on lui oppose l'art. 1340.

» Mais si de tout cela il résulte que l'art. 1340 n'est pas violé, en point de droit, par l'arrêt que le demandeur vous dénonce, il reste à examiner si, en jugeant, en point de fait, que la dame de C... ne connaissait pas la teneur littérale du Testament, lorsqu'elle l'a exécuté, cet arrêt n'a pas violé les lois que le demandeur invoque dans ses second, troisième et quatrième moyens de cassation.

» Le demandeur place, avant ces trois moyens, une observation générale sur laquelle il est de notre devoir de dire un mot.

» Il prétend que ce n'est pas à lui à prouver que la dame de C... avait, au moment où elle a exécuté le Testament, une pleine connaissance de sa teneur littérale, et qu'au contraire, c'est à la dame de C... à rapporter la preuve que cette connaissance ne lui était pas alors acquise.

» Mais si les principes nous disent que *actoris est probare*, et si de là il suit que la dame de C..... était demanderesse en nullité du Testament du sieur de S.... de la B...., c'est à elle à prouver que ce Testament est nul, les principes nous disent aussi que *reus excipiendo*

(1) Ici, j'ai lu tout ce qui se trouve, sur cette question, dans le plaidoyer du 23 juin 1813, rapporté à l'article *Transaction*, §. 5.

(1) *V.* l'article *Transaction*, à l'endroit cité.

fit actor; et de là il suit également que le sieur de S..... de S.... opposant une exception à la demande de la dame de C....., c'est à lui à prouver que cette exception est fondée ; que par conséquent, la dame de C..... peut, sur toutes les bases de cette exception, se retrancher dans une simple négative ; et que, s'il laisse sans preuve un seul des faits qui sont requis par la loi pour établir cette exception, cette exception doit être rejetée.

» Or, cette exception, l'art. 1340 du Code civil ne la fait pas résulter d'une exécution quelconque de l'acte de donation ; il ne la fait résulter que de *l'exécution volontaire* de cet acte ; et il est actuellement bien démontré que, pour que l'exécution d'un acte de donation soit réputée volontaire de la part de l'héritier du donateur, il faut que l'héritier du donateur ait eu, au moment même de l'exécution, une telle connaissance de l'état matériel de l'acte, que les nullités dont l'acte se trouvait frappé, n'ayent pas pu échapper à ses regards.

» Le donataire qui veut exciper de l'art. 1340, est donc obligé de prouver, non-seulement que l'héritier du donateur a exécuté l'acte de donation, mais encore qu'il l'a exécuté *volontairement*, c'est-à-dire, avec pleine et parfaite connaissance de l'état matériel de l'acte, avec pleine et parfaite connaissance de sa teneur entière et littérale.

» Le sieur de S.... de S.... n'a donc pas dû être écouté par la cour d'appel de Grenoble, lorsqu'il lui a dit : La dame de C.. .. a exécuté le Testament ; et par cela seul, elle est légalement présumée l'avoir parfaitement connu.

» Et en effet, la preuve qu'on peut exécuter un Testament sans le connaître, c'est que les lois romaines contenaient une défense qui suppose que rien n'est moins rare dans la pratique : c'est qu'elles défendaient de transiger sur les Testamens avant d'en avoir pris lecture : *de his controversiis quæ ex Testamento proficiscuntur, neque transigi neque exquiri voluntas aliter potest, quàm inspectis cognitisque verbis Testamenti*, disait la loi 6, D. *de transactionibus*.

» Dans le fait, il peut arriver, et il n'est pas sans exemple que l'héritier *ab intestat* s'en rapporte, sur la teneur d'un Testament dont l'existence n'est pas douteuse pour lui, soit à la foi de l'officier public qui l'a reçu, soit à la loyauté de l'héritier institué.

» Mais au surplus, si ce cas est rare, il est bien plus rare encore de voir un héritier *ab intestat* renoncer gratuitement au droit de faire valoir des nullités évidentes ; et dans le choc de deux invraisemblances qui se contrarient, celle-là doit sans doute l'emporter, qui est la plus conforme à la maxime *nemo præsumitur jactare suum.*

» A ces principes, le demandeur oppose un arrêt du parlement de Paris, rendu en 1778, et il l'oppose d'après M. Grenier, qui, à l'endroit déjà cité, le rapporte, d'après Chabrol, sur l'art. 50 du tit. 12 de la coutume d'Auvergne. Et effectivement, M. Grenier dit que, *dans l'espèce de cet arrêt, le sieur d'Ailly avait institué par son Testament le sieur de Chambonas, et il avait fait un legs considérable au sieur de la Volpilière, qui était un de ses héritiers* ab intestat. *Le sieur de la Volpilière* (continue-t-il) *reçut le legs. Il prétendit ensuite que le Testament était nul, parceque la minute n'était point écrite de la main du notaire qui l'avait reçu, et qu'il n'avait découvert cette nullité que depuis sa quittance. Par cet arrêt, le sieur de la Volpilière fut déclaré non-recevable. On pensa qu'il avait à s'imputer de n'avoir pas consulté la minute du Testament, avant d'avoir reçu son legs ; qu'il pouvait même avoir eu déjà connaissance de la défectuosité, et que rien ne prouvait qu'il ne l'eût apprise que depuis.*

» Mais le demandeur ne vous dit pas tout : Il ne vous dit pas ce que M. Grenier ajoute immédiatement : *Ce n'est pas qu'on ne puisse bien critiquer le motif de cet arrêt ; aussi la sentence de la sénéchaussée de Riom avait jugé différemment. Elle fut infirmée, et il ne serait pas étonnant qu'elle fut trouvée plus conforme à l'équité, en ce que la nullité pouvait être regardée comme cachée au sieur de la Volpilière.*

» Il est vrai qu'un peu plus bas, M. Grenier dit encore que, suivant Ricard et Domat, *c'est à celui auquel on oppose l'exécution du Testament, à prouver que la nullité lui était cachée, et que la présomption est contre lui.*

» Mais il n'adopte ni ne rejette cette opinion, il n'en parle que comme historien, et il se garde bien surtout de dire qu'elle s'accorde avec les principes du Code civil.

» Bien loin, en effet, de s'accorder avec ces principes, elle les heurte, pour ainsi dire, de front. Encore une fois, l'art. 1340 du Code civil est trop intimement lié avec l'art. 1338, pour que l'un puisse être entendu et appliqué autrement que l'autre. Or, il est jugé par votre arrêt du 27 août 1812, que, dans le cas réglé par l'art. 1338, ce n'est pas à celui qui attaque un titre nul après l'avoir exécuté, à prouver qu'il en ignorait les vices en l'exécutant ; et que c'est au contraire à celui qui se

prévaut du titre nul, à prouver qu'au moment où ce titre a reçu son exécution, les vices en étaient connus de la partie qui l'a exécuté. Il y a donc nécessité de juger la même chose pour le cas réglé par l'art. 1340.

» Après ce coup-d'œil général sur les trois moyens de cassation qu'il nous reste à discuter, entrons dans l'intérieur de chacun de ces moyens, et pesons-les successivement dans la balance de la loi.

» Le demandeur prétend d'abord qu'en rejetant la preuve résultant de l'acte notarié du 1er prairial an 12, que c'était sur la minute même du Testament du 26 ventôse précédent, que le notaire R..... avait donné aux parties lecture de ce Testament, la cour d'appel de Grenoble a violé les art. 1319 et 1320 du Code civil, aux termes desquels tout acte authentique et même sous seing-privé, *fait foi entre les parties*, non-seulement *de la convention qu'il renferme*, mais encore *de ce qui n'y est exprimé qu'en termes énonciatifs, pourvu que l'énonciation ait un rapport direct avec la disposition.*

» Mais l'acte notarié du 1er prairial an 12 énonce-t-il que la lecture du Testament a été faite sur la minute même ? Non, il n'en parle point du tout. Il ne peut donc pas faire foi que c'est précisément sur la minute même que le Testament a été lu. On peut donc l'interpréter en ce sens, que le Testament a été lu sur expédition; la cour d'appel de Grenoble n'a donc fait, en l'interprétant ainsi, qu'user d'un pouvoir qui lui appartenait essentiellement.

» Et remarquons bien que, dès que la cour d'appel de Grenoble a pu juger que la lecture du Testament avait été faite sur une expédition, elle a pu juger aussi que cette lecture avait été faite sur l'une des expéditions fausses qui sont avouées avoir été délivrées par le notaire R....

» Inutile d'objecter qu'elle s'est trompée à cet égard, puisqu'il est prouvé que les expéditions fausses n'ont été délivrées qu'après le 1er prairial an 12.

» D'abord, si elle s'est trompée à cet égard, elle ne s'est du moins trompée que sur un fait; et en se trompant sur un fait, elle n'a violé, elle n'a pu violer aucune loi.

» Ensuite, est-il bien constant que, sur ce point de fait, elle se soit trompée ?

» Qu'elle se soit trompée relativement à la fausse expédition délivrée à la dame de C....., c'est ce qui ne paraît pas douteux au demandeur; cela est même, suivant lui, prouvé par la copie collationnée qu'il a produite devant vous, de la fausse expédition déposée par la dame de C.....dans les bureaux de la liquidation générale, puisque cette fausse expédition porte la date du 21 prairial an 12.

» Cependant, indépendamment de ce qu'il ne serait pas impossible que cette fausse expédition eût été altérée quant à sa date, soit dans les bureaux de la liquidation générale et après le dépôt que la dame de C..... y en avait fait, soit auparavant;

» Indépendamment de ce que l'idée que cette date a pu n'y être apposée qu'après coup et pour le besoin de la cause actuelle, se trouve singulièrement fortifiée par deux considérations : l'une, que, dans l'usage constamment observé par les notaires, jamais les expéditions qu'ils délivrent de leurs actes, ne sont datées; l'autre, que la conformité de l'usage personnel du notaire R..... à l'usage général des notaires sur cette manière de procéder dans la délivrance de leurs expéditions est constatée, dans notre espèce, par les expéditions qu'il a délivrées au demandeur et que le demandeur produit lui-même, de l'acte du 1er prairial an 12 et du Testament du 26 ventôse précédent;

» Il ne serait peut être pas difficile de soutenir que la fausse expédition dont il s'agit, ne peut pas faire foi, même quant à présent, et sans inscription de faux, de la date qu'elle porte.

» Et l'on aurait pour le soutenir en effet, deux raisons de droit qui ne sont pas sans quelque importance.

» La première est que la date de la fausse expédition, outre qu'elle est insolite par elle-même, se trouve écrite en chiffres; ce qui forme une contravention manifeste à l'art. 13 de la loi du 25 ventôse an 11, sur le notariat, lequel porte que, dans tous leurs actes, les notaires *énonceront en toutes lettres les sommes* ET LES DATES, *à peine de* 100 *francs d'amende.*

» La seconde est que, si le législateur avait voulu donner aux expéditions des actes notariés, la vertu de faire foi des dates que l'on pourrait y apposer contre l'usage général, il les aurait assujéties à l'enregistrement dans les cas où elles se trouveraient datées. Car l'enregistrement est établi relativement aux *actes des notaires* et aux *exploits des huissiers*, comme le dit expressément l'art. 2 de la loi du 19 décembre 1790, *pour assurer leur existence et constater leurs dates.*

» Mais au surplus, quand il serait démontré que la fausse expédition délivrée à la dame de C..., l'a été le 21 prairial an 12;

» Quand il résulterait de là que ce n'est pas sur cette fausse expédition, que le notaire

R... a donné, le 1er du même mois, lecture du Testament;

» Quand on pourrait partir, avec une pleine certitude, de cette donnée, pour soutenir que la cour d'appel de Grenoble a été induite, sur ce point de fait, dans une erreur qui, d'ailleurs, n'ayant été découverte que postérieurement à son arrêt, ne pourrait lui porter aucune atteinte;

» Il resterait toujours à dire, avec la cour d'appel de Grenoble, que la lecture du Testament a pu être donnée, le 1er prairial an 12, sur la fausse expédition précédemment délivrée au demandeur lui même; et il n'en faudrait pas davantage pour justifier son arrêt du reproche d'avoir violé les art. 1319 et 1320 du Code civil en jugeant qu'il n'est pas prouvé par l'acte même du 1er prairial an 12, que la lecture qu'il énonce, a été donnée sur la minute du Testament.

» Il importerait peu d'ailleurs qu'il fût prouvé que la délivrance faite au demandeur, de la fausse expédition, est postérieure au 1er prairial an 12. Encore une fois, la cour d'appel de Grenoble n'aurait commis, en supposant le contraire, qu'une erreur de fait; et ce n'est pas pour réparer les erreurs de fait des cours souveraines, que la cour de cassation est instituée.

» Mais, au reste, quelle preuve le demandeur vous rapporte-t-il de la prétendue postériorité de la délivrance de sa fausse expédition, au 1er prairial an 12?

» Il vous dit que la fausse expédition qu'il représente, est intitulée *Napoléon, empereur*, et il conclud de là qu'elle n'a pu lui être délivrée qu'après la publication du sénatus-consulte du 28 floréal an 12, publication qui certainement ne pouvait pas encore être faite le 1er prairial suivant.

» Il n'y a rien à répondre à ce raisonnement; mais ce raisonnement ne prouve pas que la fausse expédition représentée aujourd'hui par le demandeur, soit la première qui lui ait été délivrée par le notaire R....

» De son aveu, il ne s'est fait délivrer cette expédition par le notaire R...., qu'en 1806. Or, à qui persuadera-t-on qu'il ait attendu jusqu'en 1806, pour se faire délivrer une expédition d'un Testament du 26 ventôse an 12? Une pareille supposition choque toutes les vraisemblances. Un héritier institué a trop d'intérêt de se faire remettre promptement l'expédition d'un titre aussi précieux pour lui que l'est le Testament qui l'institue, et d'un titre dont la minute peut périr par une foule d'accidens dans le dépôt où elle repose, pour qu'il puisse être censé y avoir mis le moindre retard, pour que l'on puisse croire qu'il n'a pas profité, pour se la faire délivrer effectivement, des premiers momens qui ont suivi l'enregistrement de l'acte.

» Voudrait-on argumenter ici des notes écrites par le notaire en marge de la minute du Testament, et qui sont ainsi conçues: *Première grosse délivrée aux usufruitiers. Autre grosse délivrée à l'héritier. Autre à la fille adoptive. Autre à Vinet*?

» Mais le fait et le droit repousseraient également toutes les inductions que l'on prétendrait ici tirer de ces notes.

» Dans le fait, le demandeur lui-même convient dans des *observations imprimées* qui sont jointes à sa *production*, page 6, avoir soutenu, devant la cour d'appel de Grenoble, et dès la première audience de sa cause, que ces notes étaient fausses; que c'était à lui, héritier, que la première grosse avait été délivrée; et que la dame de C... ou ses agens avaient, pour persuader le contraire, *falsifié* l'émargement de la minute du Testament. Et remarquons bien à quelle époque le demandeur avançait ces assertions: c'était à une époque où il croyait fermement qu'il n'avait été délivré à la dame de C.. qu'une seule expédition du Testament, à une époque où il ignorait encore qu'indépendamment de l'expédition que la dame de C... représentait au procès, et que le timbre dont elle était revêtue, prouvait être postérieur au 1er janvier 1807, il lui en avait été délivré précédemment une qu'elle avait été obligée d'envoyer à la liquidation générale.

» Dans le fait, encore, il est de toute invraisemblance que les expéditions vraies, qui ont été délivrées à la fille adoptive et au nommé Vinet, l'aient été après la délivrance faite au demandeur et à la dame de C..., des fausses expéditions qui sont entre leurs mains. Le notaire R..., qui, après s'être aperçu des nullités qu'il avait commises dans la rédaction du Testament, s'était permis, pour les masquer, une prévarication et un faux dans les expéditions délivrées au demandeur et à la dame de C..., n'aurait pas été assez mal-adroit pour ne pas commettre la même prévarication et le même faux dans les expéditions qu'il eût ensuite délivrées à Vinet et à la fille adoptive; et il est, d'après cela, bien impossible de supposer que la délivrance des expéditions vraies à la fille adoptive et à Vinet, n'ait pas précédé la délivrance des expéditions fausses à la dame de C... et au demandeur; ce qui amène nécessairement la conséquence, qu'il ne peut pas être ajouté foi à l'ordre dans lequel les notes marginales dont il s'agit, annoncent que les diverses expéditions ont été délivrées.

» Dans le droit, ces notes, par cela seul qu'elles sont écrites à la marge de la minute et qu'elles ne portent ni signature ni approbation, ne peuvent former aucune espèce de preuve.

» Enfin, messieurs, il est une considération assez grave qui a dû porter la cour d'appel de Grenoble à tenir pour constant que la lecture énoncée dans l'acte du 1er prairial an 12, n'avait pas été faite sur la minute du Testament : c'est que, si la cour eût jugé le contraire, elle aurait, en quelque sorte, été forcée de prêter au notaire R... un crime de plus ; c'est qu'elle aurait été, en quelque sorte, forcée de juger que le notaire R... avait fait une lecture infidèle de la minute du Testament.

» D'une part, en effet, elle ne pouvait pas douter que le notaire R.... ne fût, dès le 1er prairial an 12, informé de la nullité du Testament dans lequel il avait consigné, dans une forme aussi irrégulière, la mention essentielle qu'il l'eût écrit lui-même; puisque déjà, à cette époque, les journaux avaient retenti d'une célèbre consultation, qui avait été donnée sur cette nullité, par les tribuns Faure, Grenier, Mouricault, Jaubert et Simeon; puisque déjà ils avaient annoncé l'arrêt et le jugement par lesquels la cour d'appel de Bruxelles et le tribunal de première instance de Versailles avaient prononcé formellement cette nullité, les 28 nivôse et 9 germinal an 12.

» D'un autre côté, elle ne pouvait pas croire sérieusement que le notaire R..., qui avait été capable de commettre un faux dans trois expéditions du Testament, pour faire disparaître la nullité qui en viciait la minute, ne l'eût pas été également de commettre, dans la lecture de cette minute des infidélités propres à la faire regarder comme régulière et conforme à la loi.

» Il était donc tout simple que, pour épargner au notaire R.... le reproche d'un crime de plus, elle présumât que la lecture énoncée dans l'acte du 1er prairial an 12 avait été donnée, non sur la minute, mais sur une fausse expédition du Testament.

» Mais, après tout, et nous aurions pu nous borner à ce seul mot, elle n'a pu, en jugeant comme elle l'a fait, contrevenir, soit aux art. 1319 et 1320 du Code civil, soit à aucune autre loi.

» Le demandeur est-il mieux fondé à soutenir que l'arrêt attaqué viole l'art. 1341 du Code civil, en ce que, pour juger contre la foi due au procès-verbal de levée des scellés du 19 germinal an 12, que le notaire R... n'avait pas été présent à cette opération, et n'y avait pas donné lecture du Testament, il se fonde sur une attestation du juge de paix du canton d'Yenne et de son greffier, ce qui ne constitue qu'une preuve testimoniale interdite par l'article cité ?

» Pour qu'il y eût quelque ombre de justice dans ce reproche, il faudrait que le procès-verbal de levée des scellés constatât à la fois que le notaire R... y est intervenu, et qu'il y a lu le Testament du sieur de S... de la B....

» Or, ce procès-verbal ne parle, ni de la présence du notaire, ni de la lecture du Testament. Il ne peut donc faire foi ni de l'un ni de l'autre; là cour d'appel de Grenoble n'avait donc pas besoin de l'attestation du juge de paix, pour rejeter l'allégation de la lecture du Testament par le notaire R...., au moment de la levée des scellés ; elle n'a donc cité l'attestation du juge de paix que comme une pièce surabondante ; elle n'a donc pas violé l'art. 1341 du Code civil.

» Eh ! comment le demandeur a-t-il pu se flatter de faire juger par la cour d'appel de Grenoble, que le notaire R... avait assisté à la levée des scellés, et qu'il y avait lu le Testament ?

» S'il eût assisté à la levée des scellés, comme il avait assisté à leur apposition, pourquoi le juge de paix, qui a constaté son assistance à la première de ces opérations, comme le prouve le procès-verbal qui en est sous vos yeux, n'aurait-il pas également constaté son assistance à la seconde ?

» S'il eût fait, au moment de la levée des scellés, lecture du Testament, comment aurait-il pu énoncer dans l'acte passé devant lui onze jours après (le 1er prairial), que la lecture qu'il venait de faire, était la première qu'il eût faite ? Car c'est là ce que signifient bien clairement ces termes de l'acte, *ensuite de la lecture que je leur ai nouvellement donnée dudit Testament*, et c'est le demandeur lui-même qui nous est garant de cette assertion. Voici ce que nous lisons dans le plaidoyer prononcé pour lui à l'audience du tribunal de première instance de Chambéry, page 19 : *Le notaire qui a reçu l'acte du 1er prairial an 12, est le même qui a reçu le Testament dont il s'agit ; il était donc possesseur de la minute, il leur en a fait* NOUVELLEMENT *lecture. Ce mot* NOUVELLEMENT *signifie deux choses : la première, que cette lecture venait de leur être faite à l'instant même ; la seconde, qu'elle était* NOUVELLE POUR EUX, *c'est-à-dire, que* C'ÉTAIT LA PREMIÈRE FOIS QU'ILS EN CONNAISSAIENT LA STIPULATION. *Le mot* NOUVELLEMENT, *dit le dictionnaire de la langue française, est, d'un côté, la traduction du mot latin* RECENTER ; *et de l'autre, il indique une chose qui paraît pour la première fois. On*

dit, une maison NOUVELLEMENT *bâtie, une charge* NOUVELLEMENT *créée, un arbre* NOUVELLEMENT *planté, etc.*

» Enfin, le demandeur termine les reproches qu'il fait à la cour d'appel de Grenoble, par celui d'avoir, en rejetant ses conclusions subsidiaires à fin d'apport de l'expédition déposée aux archives de la liquidation générale, commis un excès de pouvoir et contrevenu aux lois sur la procédure civile, notamment à la règle, *ejus est probare qui dicit, non qui negat*, lesquelles veulent que, toutes les fois que les parties ne sont pas d'accord sur un fait de nature à influencer la décision du procès, les juges en ordonnent la preuve, dans les formes légales, à la charge de la partie qui allègue ce fait et s'en prévaut.

» Le demandeur n'a sans doute pas une grande confiance dans ce dernier moyen.

» 1° Qu'est-ce que l'excès de pouvoir de la part d'un juge? C'est et rien de plus, la transgression des limites dans lesquelles son autorité est renfermée. Or, la cour d'appel de Grenoble a-t-elle transgressé, par le rejet des conclusions subsidiaires que rappelle ici le demandeur, les bornes qui circonscrivaient son autorité? A-t elle entrepris sur les attributions des tribunaux en général? A-t-elle entrepris sur les attributions d'un autre tribunal, d'une autre cour? Rien de tout cela. Elle a jugé un point qui lui était légalement soumis, et elle l'a jugé d'après ses lumières, d'après sa conscience; elle aurait fait un acte légal de son pouvoir en adoptant les conclusions dont il s'agit; elle n'a donc pas pu, en les rejetant, faire un acte illégal de ce même pouvoir; le pouvoir d'adopter des conclusions renferme essentiellement celui de les rejeter, comme le pouvoir de condamner renferme essentiellement celui d'absoudre: *Nemo qui condemnare potest, absolvere non potest*, dit la loi 37, D. *de regulis juris*.

» 2° Le Code de procédure civile contient-il quelques dispositions d'après laquelle les juges soient obligés, sous peine de cassation, d'ordonner la preuve des faits que l'une des parties présente comme décisif? Non, il s'en rapporte là-dessus à la conscience des juges: *si les faits* articulés sont admissibles, porte l'art. 253, *qu'ils soient déniés, et que la loi n'en défende pas la preuve, elle* POURRA *être ordonnée*.

» 3° Peut-on même dire qu'en rejetant les conclusions subsidiaires dont il est ici question, la cour d'appel de Grenoble ait mal jugé? Et n'est-il pas, au contraire, bien facile de justifier cette partie de son arrêt?

» A quelle fin le sieur de S..... de S.... demandait-il l'apport de l'expédition déposée par la dame de C..... dans les bureaux de la liquidation générale?

» Il prétend aujourd'hui qu'il avait en cela deux objets: l'un, de vérifier la date à laquelle cette expédition avait été délivrée à la dame de C....; l'autre, de s'assurer si effectivement cette expédition était entachée du même faux que celle dont la dame de C.... s'était servie dans le procès.

» Mais de ces deux objets, il faut d'abord écarter le premier, et pourquoi? Parceque le demandeur, loin de motiver ses conclusions subsidiaires sur le prétendu besoin qu'il avait de vérifier la date à laquelle l'expédition, actuellement déposée aux archives de la liquidation générale, avait été délivrée à la dame de C....., soutenait lui-même devant la cour d'appel de Grenoble, que cette expédition ne pouvait pas avoir de date, comme en effet elle n'en devait pas avoir, ainsi que nous l'établissions tout-à-l'heure. *La dame de C....* (disait-il, page 4 des *Observations* imprimées, à la suite desquelles il répétait ses conclusions subsidiaires) *eût elle en effet employé au procès la première grosse délivrée aux usufruitiers, il ne faudrait pas moins accueillir les fins de non-recevoir fondées sur l'art. 1340 du Code civil, puisque nulle baguette magique ne pourrait aujourd'hui conférer* UNE DATE CERTAINE A UNE PIÈCE QUI EN EST ESSENTIELLEMENT DÉPOURVUE.

» Le demandeur ne pouvait donc conclure, et il ne concluait en effet subsidiairement, à l'apport de l'expédition déposée aux archives de la liquidation générale, que pour vérifier si elle était conforme à l'expédition que la dame de C.... produisait au procès.

» Mais, à cet égard, que lui répondait la dame de C....? Elle lui répondait que la conformité des deux expéditions était prouvée par un acte de notoriété, du 3 mai 1806, qu'elle représentait, et qui était signé du desservant de la paroisse, du maire de la commune de la B..., et de deux notaires.

» Que répliquait à cela le demandeur? disait-il, comme il aurait pu le faire, que les énonciations d'un acte de notoriété dans lequel il n'avait pas été partie, ne pouvaient pas faire foi contre lui, ni par conséquent lui être opposées? Non, il renonçait implicitement à ce moyen de forme, et il reconnaissait implicitement que l'acte de notoriété prouvait légalement tout son contenu; mais il soutenait que, par son contenu tel qu'il était, il ne constatait pas suffisamment la conformité des deux expéditions. La dame de C.... (disait-il à la page déjà citée de ses *Observations*) *se*

flatterait-elle de triompher à la faveur de sa première grosse? Pas mieux; car l'acte de notoriété du 3 mai 1806, où il en fut fait mention pour la première fois, n'atteste ni la prétendue conformité qu'on suppose avoir existé entre cette grosse et l'expédition plus tardive de 1809, ni sa délivrance aux usufruitiers antérieurement aux actes d'exécution de 1804.

» Le demandeur réduisant ainsi tout ce qu'il avait à dire contre l'acte de notoriété du 3 mai 1806, au prétendu défaut d'énonciations suffisantes pour constater que les deux expéditions étaient parfaitement conformes, qu'a dû faire la cour d'appel de Grenoble?

» Elle a dû, en s'attachant uniquement au fond des énonciations contenues dans l'acte de notoriété, examiner si de ces énonciations il résultait ou non la preuve que l'expédition déposée aux archives de la liquidation générale, fut exactement conforme à l'expédition employée au procès par la dame de C....

» Or, d'une part, l'expédition employée au procès par la dame de C....., était terminée par ces mots : *Le présent, par moi écrit et prononcé au testateur, en présence de...., tous lesquels signeront ci-après avec le testateur et moi notaire susdit.*

» De l'autre, voici ce qu'on lisait dans l'acte de notoriété, du 3 mai 1806, après la mention que le Testament avait été LU ET EXHIBÉ : *Il résulte de la grosse dudit Testament, signée et delivrée par ledit notaire R..., à la dame Pétronille de S...., que ce Testament a été reçu* ET ÉCRIT *par ledit notaire R...., sous la dictée du testateur, et que ledit notaire en a* DONNÉ LECTURE A CE DERNIER, *le tout en présence de quatre témoins aptes, qui ont signé avec le testateur et ledit notaire, à la minute.*

» Assurément, si la grosse exhibée aux deux fonctionnaires publics et aux deux notaires qui ont délivré l'acte de notoriété, avait été conforme à la minute du Testament; si comme dans la minute du Testament, il y eût été simplement énoncé avant les signatures des témoins et du testateur, que le notaire l'avait lu en présence des témoins, et que les mots *par moi écrit et prononcé au testateur*, n'y eussent été placés qu'immédiatement avant la signature du notaire R...., les deux fonctionnaires publics et les deux notaires n'auraient pas pu dire qu'il résultait de cette grosse, que le Testament avait été écrit par le notaire R...., que le notaire R.... l'avait lu *au testateur en présence des témoins*, et que le tout était constaté par les signatures des témoins et du testateur, en même temps que par celle du notaire R....

» L'acte de notoriété prouvait donc évidemment que la grosse qui en était l'objet, n'était pas conforme à la minute du Testament; il prouvait donc évidemment que cette grosse était entachée du même faux que la seconde expédition employée au procès par la dame de C...; il prouvait donc évidemment qu'il était inutile d'ordonner l'apport de cette grosse.

» Mais ce qui a dû principalement déterminer la cour d'appel de Grenoble à ne pas ordonner l'apport de cette grosse, c'est que le demandeur lui-même, tout en y concluant par ses *Observations* imprimées, comme il l'avait déjà fait à l'audience, établissait clairement que l'apport de cette grosse ne pouvait jeter sur la cause aucune espèce de lumière.

» *En dernière analyse* (disait il, page 5), *fallût-il admettre que la dame de C.... avait erré en droit, quand elle avait volontairement exécuté les volontés de son frère, jamais elle ne prouvera qu'elle ait erré en fait, en agissant toujours comme si le Testament eût été à l'abri de toute querelle. Elle ne le prouvera pas surtout à l'aide de deux expéditions, dont l'une est, de son propre aveu, postérieure de plusieurs années aux principaux actes d'exécution, et l'autre reste inconnue à M. de S.... comme à la justice, indépendamment de tout ce qui porte à croire que la remise ne précéda point l'execution volontaire.*

» *D'où il faut ultérieurement conclure que la production d'une semblable pièce dans l'instance actuelle,* SERAIT COMPLÈTEMENT INUTILE, *quand même il serait avéré d'ailleurs qu'elle se trouvait, en tout point, conforme à l'expédition portant le timbre de* 1807.

» La cour d'appel de Grenoble n'a donc fait, en rejetant les conclusions subsidiaires du demandeur, que céder à l'impulsion que le demandeur lui-même avait cherché à lui donner sur l'objet de ces conclusions. Le demandeur n'est donc pas recevable à se plaindre devant vous du rejet de conclusions qu'il avait lui-même décréditées dans l'esprit des juges. L'arrêt attaqué est donc, sur ce point, comme sur les autres, à l'abri de toute atteinte.

» Et, par ces considérations, nous estimons qu'il y a lieu de rejeter la demande en cassation, et de condamner le demandeur à l'amende ».

Par arrêt du 9 novembre 1814, au rapport de M. Cochard,

« Attendu 1° qu'étant constaté en fait par l'arrêt attaqué, que, lors des actes du 19 germinal an 12, la dame de C.... n'avait pas connaissance de l'état materiel du Testament en litige, et que, lors des actes postérieurs du 1er prairial de la même année, elle se trouvait

induite dans une erreur de fait évidente sur l'état de ce Testament, par une expédition fausse qui lui en avait été délivrée, ledit arrêt, en tirant de ces faits la conséquence que ladite dame de C.... n'avait pas exécuté volontairement ledit Testament, et qu'ainsi, elle était recevable à l'attaquer, n'a pas violé l'art. 1340 du Code civil;

» Attendu 2° qu'en jugeant qu'une semblable exécution n'était point obligatoire envers ladite dame, ledit arrêt n'a point attenté à la foi due aux actes, soit sous signatures privées, soit authentiques, du 1er prairial, qui la constataient; d'où il suit également qu'il n'a pu contrevenir aux art. 1319 et 1321 du même Code;

» Attendu 3° que n'existant au procès nulle preuve que ladite dame de C..... ait eu la moindre connaissance de l'état matériel dudit Testament, avant les actes d'exécution qu'elle a pu lui donner, les certificats du juge de paix et de son greffier devenaient inutiles pour la conviction des juges, qui ne pouvaient la puiser que dans les faits relatifs à cette connaissance, dont ledit sieur Arthaud de S..... ne leur avait administré aucune preuve; d'où il suit encore qu'en n'annulant pas lesdits certificats, ledit arrêt n'a pu, sous ce rapport, violer non plus aucune loi;

» Attendu enfin, que l'admission en preuve vocale des faits articulés, quoiqu'admissible, est, de la part des juges purement facultative, aux termes de l'art. 253 du Code de procédure civile; d'où résulte la conséquence qu'ils peuvent se dispenser d'admettre ladite preuve, lorsqu'ils trouvent d'ailleurs, dans l'instruction du procès qui leur est soumis, des documens suffisans pour fixer leur opinion sur les faits en litige;

» La cour rejette le pourvoi.... ».

§. VI. *Quel est l'effet de la nullité d'un Testament défectueux dans la forme, ou de la révocation d'un Testament régulier, sur la reconnaissance que le testateur y a consignée d'une dette?*

I. Pour résoudre cette question dans ses deux branches, c'est-à-dire, et par rapport au Testament défectueux dans la forme, et par rapport au Testament révoqué, il faut commencer par se bien fixer sur l'effet qu'aurait la reconnaissance consignée dans l'un, s'il était régulier, et dans l'autre, s'il n'avait pas subi de révocation.

Cette reconnaissance ferait-elle preuve de la dette qui en est l'objet, et formerait-elle, en conséquence, pour celui au profit duquel le testateur l'a faite, un titre de créance proprement dit en vertu duquel il pût exiger, comme créancier, la somme ou la chose que le testateur a reconnu lui devoir? Ou bien ne vaudrait-elle que comme une disposition de libéralité, que comme un simple legs?

On est généralement d'accord que c'est comme un simple legs qu'elle doit être considérée, lorsqu'elle est faite au profit d'un incapable de recevoir par Testament, ou qu'elle entame la quotité de biens dont il n'est pas permis de disposer à titre gratuit, et c'est ce que décident nettement deux lois romaines.

Dans la loi 27, D. *de probationibus*, le jurisconsulte Scevola propose le cas d'un testateur qui, après avoir légué à Titius toute la quotité de ses biens que celui-ci est capable de recevoir par Testament, déclare qu'il lui doit en outre différentes sommes qu'il spécifie, et ordonne qu'elles lui soient payées; et il demande si Titius peut exiger ces sommes sans rapporter la preuve qu'elles lui sont réellement dues. Non, répond-il; la reconnaissance consignée à son profit dans le Testament, est présumée avoir été faite en fraude de la loi qui limite sa capacité de recevoir: *Quæro an Titius ea exigere potest? Respondit, si Titius suprà scripta ex ratione suâ ad testatorem pervenisse probare potuerit, exigi: videtur enim eo, quod illi plus capere non poterat, in fraudem legis hæc in testamento adjecisse.*

C'est ce que décide encore le même jurisconsulte dans la loi 37, §. 6, D. *de legatis* 2°; et il le décide dans une espèce où le testateur qui avait reconnu une dette au profit d'un incapable de recevoir, jouissait de la réputation d'une personne parfaitement intègre, circonstance de laquelle on prétendait conclure que la reconnaissance devait être présumée vraie: *Titia*, HONESTISSIMA FOEMINA, *cùm negotiis suis operâ Callimachi semper uteretur, qui ex testamento capere non poterat, testamento facto manu suâ ità cavit*: TITIA TESTAMENTUM CONDIDI, ET VOLO DENTUR CALLIMACHO MERCEDIS GRATIA, DENARIORUM DECEM MILLIA. *Quæro an hæc pecunia, ex causa mercedis, ab heredibus Titiæ exigi possit? Respondi, non idcircò quod scriptum est, exigi posse in fraudem legis relictum.*

Mais de ce que ces lois ne portent que sur le cas où le testateur ne pouvait pas léguer ouvertement ce qu'il a reconnu devoir, s'ensuit-il, par argument *à contrario sensu*, que, lorsque la reconnaissance est faite au profit d'une personne qui pourrait en recevoir le

montant à titre de legs, elle doit valoir comme titre de créance ?

La négative est écrite en caractères lumineux dans deux autres textes qui sont également du jurisconsulte Scévola.

Le premier est la loi 88, §. 10; D. *de legatis* 2°. Un testateur s'était ainsi exprimé : « Que mon héritier, quel qu'il soit, sache bien » que je dois telle somme à Démétrius, mon » oncle, et telle somme à mon oncle Séleucus » qui l'a déposée entre mes mains. Je veux » que ces sommes leur soient respectivement » payées et rendues sans délai : *quisquis mihi* » *heres erit, sciat debere me Demetrio, pa-* » *truo meo, denaria tria, et deposita apud* » *me à Seleuco, patruo meo, denaria tria,* » *quæ etiam protinùs reddi et solvi eis jubeo*». On a demandé, dit le jurisconsulte Scévola, si, dans le cas où ces sommes ne seraient pas dues, Démétrius et Séleucus auraient une action pour les exiger : *quæsitum est an, si non deberentur, actio esset.* J'ai répondu qu'elles ne pourraient pas être exigées comme créances, mais seulement comme fidéicommis particuliers ou legs : *respondi, si non deberentur, nullam quasi ex debito actionem esse, sed ex fideicommisso.*

Il résulte clairement de là que la dette n'est pas prouvée par la reconnaissance qu'en fait le testateur, dans son Testament même, au profit d'une personne capable de recevoir; et c'est précisément en ce sens que la grande glose présente le sommaire de cette loi : *Confessio debiti*, dit-elle, *à testatore facta, non probat debitum, sed fideicommissi petitionem inducit.*

Le second texte est la loi 28, §. 13 et 14, D. *de liberatione legatâ.* Quelqu'un, y est-il dit, a fait un legs ainsi conçu, *quidam ità legavit* : je charge mes héritiers de rendre à Sempronia, mon épouse, cinquante... qu'elle m'a prêtés pour mes affaires, et dont je lui ai fait mon billet : *Semproniæ uxori meæ reddi jubeo ab heredibus meis quinquaginta ea quæ mutuo acceperam chirographo particulatim in negotia mea.* On a demandé si le testateur étant réellement débiteur de la somme reconnue par son Testament, cette disposition devait valoir comme legs; et il a été répondu que non : *quæsitum est an, si verè uxoris debitor fuerit, fideicommissum constiterit? Respondit, si debita fuisset,* (*pecunia*) *nullum esse fideicommissum.* Mais on a ensuite demandé si la veuve du testateur ayant échoué, faute de preuve, dans ses poursuites pour se faire payer comme créancière, elle ne pouvait pas, par une nouvelle action, réclamer, comme légataire, la somme dont il s'agissait; et il a été répondu qu'elle le pouvait : *idem quæsiit an si hanc pecuniam ut debitam apud judicem petierit, et victa fuerit, an fideicommissum peti possit? Respondit, secundùm ea quæ proponuntur, posse ex causâ fideicommissi peti, quod apparuisset non fuisse ex alia causâ debitum.*

Il était impossible de dire plus clairement que la reconnaissance consignée par le testateur dans son Testament, au profit de son épouse qui bien certainement était, dans le droit romain, capable de recevoir toute espèce de libéralité à cause de mort de la part de son mari, ne formait pas, pour celle-ci, un titre de créance.

Qu'on ne dise pas qu'à l'époque où écrivait Scévola, le testateur ne pouvait pas interdire à son héritier institué la détraction de la quarte Falcidie sur les legs dont il le chargeait (1); et que c'est sur ce point de la législation de ce temps-là que sont fondées les lois 88, §. 10, D. *de legatis* 2°, et 38, §. 13 et 14, D. *de liberatione legatâ.* Qu'on ne dise pas que, si, dans les espèces de ces lois, la reconnaissance testamentaire d'une dette ne suffisait pas pour prouver que celui au profit duquel le testateur l'avait faite, était réellement créancier, et si, à défaut de preuve positive de sa sincérité, elle ne valait que comme legs, c'était parceque, s'il en eût été autrement, le testateur aurait pu éluder la prohibition que lui faisait la loi d'empêcher son héritier institué de distraire la quarte Falcidie des legs dont il le grévait; parcequ'il aurait pu faire, par une voie détournée et en masquant un legs sous les couleurs d'une reconnaissance de dette, ce qu'il ne pouvait pas faire directement et en termes formels; qu'ainsi, ces deux lois rentrent précisément dans le cas sur lequel portent la loi 27, D. *de probationibus*, et la loi 37, §. 6, D. *de legatis* 2°. Qu'on ne dise pas enfin que tout ce qui résulte des unes comme des autres, c'est que, lorsque la reconnaissance testamentaire d'une dette est faite au profit d'un incapable de recevoir au-delà d'une certaine quotité, elle ne prouve pas que la dette est réellement due; et qu'il n'y a rien à conclure de ces lois pour le cas où la reconnaissance est faite au profit d'une personne dont la capacité est indéfinie.

D'abord, ce n'était pas seulement pour échapper à la détraction de la quarte Falcidie, que, dans les espèces des lois 88, §. 10, D. *de legatis* 2°, et 38, §. 13 et 14, D. *de liberatione legatâ*, le porteur de la reconnaisance testamentaire d'une dette avait intérêt de se

(1) *V.* l'article *Quarte Falcidie*, §. 3, n° 1.

présenter comme créancier plutôt que comme légataire; il y avait encore intérêt pour se faire payer, en cas d'insuffisance des biens du testateur, concurremment avec les véritables créanciers, avantage qu'il aurait perdu, si la reconnaissance n'eût eu pour lui que l'effet d'un legs; étant de principe que, dans une succession, les créanciers doivent toujours primer les légataires.

En second lieu, si, du temps de Scévola, le testateur ne pouvait pas priver son héritier institué du droit de distraire la quarte Falcidie des legs dont il le grévait, il pouvait du moins lui défendre de la distraire de tel ou tel legs singulier, sauf à en reprendre le montant sur les autres legs par contribution au marc le franc, comme aujourd'hui le testateur qui laisse des héritiers à réserve, peut, suivant l'art. 927 du Code civil, affranchir un de ses legs du retranchement de la portion indisponible, et ordonner que la part pour laquelle ce legs devrait le souffrir, sera prise sur les autres. Il est donc bien évident que, ni la loi 88, §. 10, D. *de legatis* 2°, ni la loi 38, §. 13 et 14, D. *de liberatione legatâ*, ne peuvent être fondées sur la supposition que le testateur aurait cherché à éluder, en déguisant ses legs sous le masque d'une reconnaissance de dette, l'impuissance où il se serait trouvé d'affranchir son legs de la détraction de la quarte Falcidie, puisque, si tel eût été son dessein, il aurait pu l'exécuter ouvertement, et qu'il n'aurait eu besoin pour y parvenir que de déclarer franchement qu'il le voulait. Dès-lors, nulle raison, nul prétexte pour douter que ces deux lois ne doivent être entendues comme établissant en principe, ainsi que le dit Furgole, *Traité des Testamens*, chap. 11, n° 48, « que les déclarations » de dettes, de dépôts et autres, faites par » Testament, ne sont, ni obligatoires, ni capables d'établir la dette, ni probatoires de » la cause de la dette, et qu'elles ne doivent » être considérées que comme une libéralité » que le testateur a voulu déguiser sous le » titre de dette ».

Ce principe est pourtant limité par une exception; et c'est encore par Scévola qu'elle nous est indiquée dans la loi 37, §. 5, D. *de legatis* 3°; mais on va voir qu'en le limitant à cette exception, il ne fait que le confirmer de plus en plus.

Un testateur, dit ce jurisconsulte, avait fait, par un codicille, une disposition ainsi conçue: « je veux que tout ce que j'ordonne» rai ci-après, ait son plein effet. Julius Maxi» mus m'ayant donné en dépôt cinq mille de» niers, à la charge de les rendre à Maximus, » son neveu et mon maître, quand il serait » parvenu à l'âge de virilité, je veux qu'ils » lui soient en effet rendus, avec les intérêts » qui s'élèvent à trente mille; car je m'y suis » obligé par serment envers son oncle ». *Volo omnia quæ infrà ordinata sunt, firma esse: Maximo domino meo denaria quinquies mille, quæ accepi in depositum à patruo ejus Julio Maximo, ut ei viro facto vel adulto reddam cùm usuris, quæ sunt triginta millia, ei dari volo: ità enim patruo suo juravi.* On m'a demandé (continue Scévola) si le codicille était un titre suffisant pour réclamer le dépôt, dont il n'existait pas d'autre preuve; et j'ai répondu que l'on devait ajouter foi à la déclaration du testateur, par égard pour le serment qu'il attestait avoir fait de rendre le dépôt: *Quæsitum est, an ad depositam pecuniam petendam sufficiant verba codicillorum, cùm hanc solam, nec aliam ullam probationem habeant? Respondi, ex his quæ proponerentur, scilicet cùm jusjurandum dedisse super hoc testator affirmavit, credenda est scriptura.*

A quoi tendait, dans cette espèce, la question proposée à Scévola? Ce n'était pas à savoir si la disposition dont il s'agissait, devait valoir comme legs; car pour la faire valoir comme legs, le codicille aurait évidemment suffi par lui-même; c'était donc à savoir si elle devait valoir comme titre de créance proprement dite. Et sur quoi se fonde Scévola pour la décider affirmativement? Sur le serment, sur le seul serment que le testateur déclarait, par son codicille, avoir fait à l'oncle de Maximus. C'est donc évidemment comme si le jurisconsulte disait: la règle générale qui refuse à la reconnaissance testamentaire d'une dette, l'effet d'équipoller à un titre récognitif de créance, doit fléchir dans le cas proposé, parceque l'héritier du testateur ne pourrait pas l'invoquer sans accuser le défunt d'avoir profané la religion du serment, en la faisant servir de voile à un legs déguisé, et par conséquent sans outrager sa mémoire.

Ainsi, bien loin que cette dernière loi soit en désaccord avec les deux précédentes, il en résulte clairement (comme le remarque encore Furgole, à l'endroit cité) « que la foi » de la déclaration dépend absolument de la » mention du serment, et que, sans cette » circonstance, le jurisconsulte aurait décidé » qu'il ne fallait ajouter aucune foi à l'écri» ture, et que la déclaration ne pouvait va» loir que *in vim relicti*, comme il est dit en » termes exprès dans la loi 88, §. 10, D. *de* » *legatis* 2° ».

Voët tient le même langage dans son com-

mentaire sur les Pandectes, titre *de confessis*, n° 9 : si un testateur, dit-il, déclare par son Testament, qu'il doit telle chose, et qu'il appuie sa déclaration d'un serment exprès, le Testament fera foi de sa dette : *si testamento asseruerit jurato se debere aliquid, præstandum illud erit, et scripturæ credendum* (l. 37. §. 5, D. *de legatis* 3°). Mais si sa déclaration n'est pas appuyée d'un serment, elle ne pourra pas le faire considérer comme débiteur ; elle ne pourra valoir qu'à titre de legs, et elle ne vaudra même comme tel, qu'autant qu'elle ne sera point prouvée être le fruit d'une erreur ; *quòd si simpliciter testamento sine jurejurando se debere professus sit, ex eo quidem solo pro debitore habendus non est : sed tamen, si non error probetur, tanquàm fideicommissum sustinetur quod ità confessus est.*

Quelques écrivains ont cru trouver dans la loi 13, C. *de non numeratâ pecuniâ*, un autorité contraire à cette doctrine ; Mais ils se sont étrangement trompés. « Cette loi (dit » Furgole au même endroit) décide bien que » les confessions de dette par contrat prou» vent la cause de l'obligation, jusqu'à ce que » le débiteur ait justifié le contraire ; mais sa » decision n'est pas appliquable aux déclara» tions testamentaires qui ont d'autres règles, » et auxquelles les lois refusent la vertu de » produire une preuve, et ne lui attribuent » que le titre de libéralité ; parceque, selon la » remarque de Cujas sur la loi 88, §. 10, D. *de* » *legatis* 2°, *in dubio præsumitur testator* » *quæsiisse prætextum legato* ».

C'est au surplus ce qu'a formellement jugé un arrêt de la cour d'appel d'Aix, du 8 juin 1813.

Jean-Louis Gazel, père de cinq enfans, avait, par son Testament, légué à ses deux fils le préciput autorisé par la loi du 4 germinal an 8, et déclaré devoir à Michel Bouisson, son beau-frère, une somme de 2,000 francs qu'il avait empruntée de lui depuis quelque temps pour faire face à ses affaires.

Michel Bouisson ayant voulu, après la mort du testateur, se prévaloir de cette déclaration pour faire condamner les héritiers à réserve au paiement de sa prétendue créance, jusqu'à concurrence de leur portion virile, ceux-ci ont excipé contre lui de la maxime de Cujas, et ont soutenu que n'étant que légataire, il n'avait d'action que contre leurs frères.

Vainement a-t-il répliqué, en citant tous les auteurs réfutés par Furgole, que la reconnaissance testamentaire d'une dette faisait foi de la dette elle-même contre tous les héritiers du testateur sans distinction, qu'il n'y avait d'exception à cette règle que pour les reconnaissances faites au profit de personnes incapables de recevoir, et qu'il n'était point dans le cas de cette exception. Vainement a-t-il offert subsidiairement d'affirmer qu'il était réellement créancier du défunt. Par l'arrêt cité, ses adversaires ont été mis hors de cour sur sa demande,

« Attendu, en droit, que, si les confessions des dettes consignées dans les Testamens, pouvaient suffire pour en assurer la réalité, ce serait un moyen très-facile pour éluder, dans les successions directes, la prohibition d'outre-passer la portion disponible ;

» Qu'aussi la loi a-t-elle toujours été en garde contre de pareilles confessions faites *in extremis* ; que, dans l'ancienne législation, elles ne pouvaient être opposées aux légitimaires de la succession, à moins qu'il n'apparût de leur sincérité ;

» Que, suivant le §. *quisquis* de la loi 88, D. *de legatis* 2°, une confession de dette faite dans un Testament, est présumée dans le doute ne renfermer qu'une libéralité ;

» Que, sans remonter à toutes les dissertations des docteurs sur cette question, l'opinion la plus conforme à la raison, est celle qui est émise par Furgole sur les Testamens, chap. 11, n° 48, où il décide que, si la confession est faite par contrat, elle prouve la dette jusqu'à ce que le débiteur ait justifié le contraire ; que, si elle est faite par Testament, il est nécessaire que celui qui se prétend créancier, prouve la cause de la dette par quelque genre de preuve autre que la confession du Testament, parceque les lois refusent aux confessions testamentaires la vertu de produire une preuve, et ne leur attribuent que le titre de libéralité ;

» Attendu que Bouisson ne justifie pas et n'offre pas de prouver qu'il ait réellement prêté au testateur la somme de 2,000 francs ; qu'il n'en détermine pas l'époque, et qu'il n'a donné aucune explication qui puisse rassurer la justice ;

» Qu'au contraire, on est convaincu que cette dette n'est qu'une simulation pour l'intérêt des deux enfans mâles du testateur, par l'intermédiaire de Bouisson, leur oncle, quand on voit que, depuis la mort du testateur, Bouisson n'a formé aucune demande, pas même des intérêts annuels, et que ses neveux, chargés par le partage provisoire de le payer, ne lui ont pas même compté les intérêts, malgré qu'ils aient soutenu que cette créance était légitime ;

» Qu'il ne tombe pas sous le sens que le prétendu créancier, en prêtant à son beau frère une somme de 2,000 francs, se fût pouvoir en

déterminer l'époque, n'eût pas exigé de suite un contrat et qu'il n'eût pas demandé le paiement des intérêts, quand il savait surtout que ses neveux étaient chargés provisoirement de ce paiement;

» Attendu que cette confession n'étant visiblement qu'une libéralité déguisée, la portion disponible ne peut être déduite sur la succession, qu'après que cette même portion a été prélevée;

» Attendu que le serment ne doit être admis que quand il y a déjà de fortes présomptions en faveur de celui qui se prétend créancier, et qu'il n'y a dans la cause que des présomptions contraires (1) ».

Une dernière réflexion achevera de mettre à l'abri de toute difficulté la doctrine consacrée par cet arrêt. Si la reconnaissance testamentaire d'une dette était en soi autre chose qu'un legs, ce ne serait pas seulement contre les héritiers du testateur, ce serait encore contre le testateur lui-même qu'elle ferait preuve; car quelle raison y aurait-il de ne pas placer, à cet égard, le testateur sur la même ligne que ses héritiers? Aucune assurément. Il faudrait donc nécessairement aller jusqu'à dire que, si, d'après les révélations indiscrètes du notaire ou des témoins devant lesquels j'ai fait mes dernières dispositions, vous m'actionnez en paiement d'une somme que j'ai par mon Testament, reconnu vous devoir, et que, tout en soutenant que je ne vous dois rien, je convienne cependant vous avoir fait un legs déguisé sous la couleur d'une dette, vous devez obtenir condamnation contre moi. Or, quoi de plus absurde? Ne serait-ce pas priver le testateur de la faculté dont il est si juste et si naturel qu'il jouisse, soit d'épargner à un ami à qui il veut faire un legs, le désagrement d'être vu de mauvais œil par ses héritiers légitimes, en se présentant comme légataire, soit de lui procurer l'avantage d'être payé avant ceux qu'il gratifie de legs exprès (2)? Ne serait-ce pas faire pis encore? Ne serait-ce pas mettre en principe qu'au mépris de la grande règle, *nemo potest sibi testamento eam legem dicere ut à priori ei recedere non liceat* (loi 22, D. *de legatis* 3°), il est permis à un testateur de s'interdire, en donnant à un legs l'apparence d'une reconnaissance de dette, le pouvoir de le révoquer?

« Nous en avons (dit Ricard, *Traité des* » *donations*, partie 3, n° 110) un jugement » solennel dans Valère-Maxime, liv. 8, chap. » 2, qui rapporte que Viselius Varro étant » atteint d'une grande maladie, et voulant » favoriser Octacilia, sa concubine (1), il co- » lora du prétexte de dette le legs d'une somme » considérable qu'il lui fit; en conséquence de » quoi étant revenu en santé, cette femme sans- » foi voulut prendre avantage de cette recon- » naissance qui avait été faite à son profit. » Sur quoi Caius Aquilius, juge de ce différend, » *adhibitis in concilium principibus civitatis*, » dit cet auteur, *prudentiâ et religione suâ* » *mulierem repulit* ».

Il y a cependant des auteurs qui ont embrassé l'opinion condamnée par ce jugement. Tels sont notamment Cynus, sur la loi 13, C. *de non numeratâ pecuniâ*, Fontanon, sur la *pratique* de Masuer, titre *de confessis*; et voici comment ils ont raisonné: il est certain qu'on peut contracter par un Testament et que c'est véritablement contracter que de reconnaître une dette, puisqu'on ne la reconnaît que pour s'obliger à la payer. Or, tout contrat est irrévocable. Donc celui qui, par son Testament, s'est reconnu débiteur envers quelqu'un, est lié personnellement par sa reconnaissance et il l'est aussi efficacement que s'il l'avait reconnu par un acte ordinaire.

Mais 1° il s'en faut beaucoup que les docteurs soient d'accord sur la question de savoir si les dispositions contractuelles qui se trouvent intercallées dans un Testament, lient irrévocablement le testateur; et Furgole, à l'endroit cité, prouve démonstrativement que ceux qui ont soutenu l'affirmative, ont mal entendu le texte et méconnu l'esprit des lois romaines sur lesquelles ils se sont fondés.

2° Quand on admettrait l'opinion si bien réfutée par ce jurisconsulte, la conséquence qu'en tirent Cynus et Fontanon, n'en serait pas plus juste. De ce que le testateur aurait pu se lier personnellement par l'aveu qu'il a fait d'une dette dans son Testament, il ne s'ensuit pas qu'il en ait eu l'intention. Que l'on puisse intercaller une obligation dans un Testament, soit. Il n'en est pas moins certain qu'un Testament n'est point de sa nature destiné à faire titre contre le testateur; et à moins que le contraire ne soit clairement prouvé, le testateur n'est point censé s'obliger lui-même par les déclarations qu'il fait dans son Testament. Il faut donc en revenir à la maxime de

(1) Jurisprudence de la cour de cassation, tome 13, partie 2, page 362.

(2) *V.* l'article *Légataire*, §. 6, n° 24.

(1) Les concubines étaient, dans l'ancien droit romain, capables de recevoir toutes sortes de libéralités de ceux qui les entretenaient. *V.* mon *Recueil de Questions de droit*, au mot *Concubinage*, n° 1.

Cujas, que, dans le doute sur l'intention qu'a eue le testateur en *se* reconnaissant débiteur par une clause de son Testament, on doit présumer qu'il n'a voulu que déguiser un legs sous le masque de l'aveu d'une dette : *in dubio præsumitur testator quæsiisse prætextum legato.*

Et remarquons bien que Cujas s'explique ainsi, non, comme ledit M. Toullier, tome 5, n° 636, par rapport au cas où la reconnaissance testamentaire d'une dette est faite au profit d'un incapable de recevoir, mais précisément par rapport au cas contraire.

Observons toutefois que la reconnaissance testamentaire d'une dette, quoiqu'elle ne puisse pas valoir comme preuve de la dette reconnue, ne laisse pas d'en former une présomption qui, toute insuffisante qu'elle est isolément pour faire cesser la maxime de Cujas, acquiert assez de consistance pour déterminer le juge, lorsqu'elle est corroborée par une autre présomption.

Furgole paraît penser autrement. Mais, d'une part, il ne fait pas attention que telle est la conséquence immédiate de l'effet que le jurisconsulte Scévola, dans la loi 37, §. 5, D. *de legatis* 3°, attribue à la reconnaissance testamentaire d'une dette de valoir comme titre de créance, lorsqu'elle est confirmée par la déclaration du testateur de s'être obligé sous serment à payer la dette qu'elle a pour objet. D'une autre, Furgole convient avec Ricard, à l'endroit cité, n° 114, et Danty, *Traité de la preuve par témoins*, chap. 16, que la reconnaissance testamentaire d'une dette forme *un commencement de preuve par écrit*, à l'aide duquel *le prétendu créancier pourrait être reçu à la preuve testimoniale*, suivant l'art. 3 du tit. 20 de l'ordonnance de 1667, renouvelé par l'art. 1347 du Code civil. Or, il est de principe, et il était généralement reçu, même avant que l'art. 1353 du Code civil en eût fait une loi expresse, que les présomptions morales peuvent tenir lieu de preuve, dans les matières où la preuve par témoins est admissible (1).

II. Ces notions posées, abordons la question qui fait la matière de ce paragraphe, et voyons, en premier lieu, quel est l'effet de la nullité d'un Testament défectueux dans la forme, sur la reconnaissance que le testateur y a consignée d'une dette.

Il faut, à cet égard, distinguer quatre cas.

1° S'agit-il de la reconnaissance testamentaire d'une dette dont il n'existe pas d'autre preuve que le Testament qui la contient?

Dès que le Testament est nul, elle ne peut certainement pas valoir comme legs ; or, ce n'est que comme legs qu'elle pourrait avoir son effet ; elle est donc entièrement neutralisée par la nullité du Testament.

C'est ce qu'a effectivement jugé un arrêt du parlement de Paris, du 12 juillet 1638, rapporté par Bardet, tome 2, liv. 7, chap. 34.

Jean de la Veuë avait fait, à Saint-Étienne en Forez, devant un capucin, préposé pour assister les malades dans un temps de contagion, un Testament par lequel, entre autres dispositions, il léguait à Marguerite de la Veuë, sa sœur, une somme de 3,000 livres, *pour demeurer quitte envers elle de tous les droits paternels dont il lui était redevable.* Ce Testament fut attaqué sur le fondement que le religieux qui l'avait reçu, n'avait point de caractère public; et un arrêt du 18 juillet 1634 le déclara nul. Pendant le procès, les religieuses de Sainte-Catherine de Sienne de Saint-Étienne, étant aux droits de Marguerite de la Veuë, s'étaient fait payer par provision le legs de 3,000 livres. Poursuivies, après l'arrêt, pour la restitution de ce legs, elles soutinrent *que ce n'était point une gratification* que le défunt avait faite à sa sœur ; qu'il n'avait fait que reconnaître une dette dont il était tenu envers elle ; que la nullité du Testament ne pouvait pas empêcher que cette reconnaissance n'eût tout son effet; et elles se rendirent appelantes d'une sentence par défaut qui les avait condamnées.

La cause portée à l'audience de la grand'chambre, M. l'avocat-général Bignon dit (ce sont les termes de Bardet) que « la nullité » du Testament ayant été bien agitée et solennellement décidée, il n'est plus libre d'en » traiter de nouveau la question; ainsi, l'on » ne peut éviter la restitution du legs demandée par les intimés. Cependant si les droits » appartenant à Marguerite de la Veuë, sont » considérables, comme ils peuvent l'être, il » y a lieu de les réserver aux appelantes ».

En conséquence, par l'arrêt cité, « la cour » met l'appellation et ce dont est appel, au » néant ; évoquant le principal et y faisant » droit, condamne les appelantes à rendre et » restituer aux intimés la somme de 3,000 li» vres et autres choses léguées par le prétendu » Testament de Jean de la Veuë à Marguerite » de la Veuë, sa sœur ; sauf auxdites appe» lantes à se pourvoir sur les biens dudit Jean » de la Veuë, pour les droits y appartenant » à ladite Marguerite de la Veuë, sa sœur ».

Si, dans cette espèce, le Testament de Jean de la Veuë eût été, quoique nul dans la for-

(1) *V.* les conclusions et l'arrêt du 22 mars 1810, rapportés dans mon *Recueil de Questions de droit*, aux mots *Contrat pignoratif*.

me, considéré comme faisant preuve de la dette qu'il reconnaissait, qu'aurait fait le parlement de Paris ? Il eût sans contredit débouté les héritiers du testateur de leur demande en restitution du legs. Or, il a, au contraire, accueilli cette demande ; et n'a laissé aux ayant-cause de la légataire que la ressource de prouver par nouvelle action, que la somme léguée était réellement due. Il a donc jugé qu'un Testament nul ne fait pas preuve de la dette dont il contient la reconnaissance.

Pourrait-on et devrait-on juger de même sous le Code civil ? Je ne vois aucune raison d'en douter. Cependant M. Toullier, tome 5, n° 636, pense autrement. Suivant lui, « si le » Testament qui contient la reconnaissance » d'une dette en faveur d'une personne capa- » ble, est nul, il faut distinguer : s'il est sous- » crit par le testateur, il semble qu'en ce qui » concerne la reconnaissance, il doit faire » preuve entière, car cette reconnaissance » pouvait être faite par acte sous seing-privé. » Or, suivant l'art. 68 de la loi sur le notariat, » un acte notarié, quoique nul, vaut comme » écriture privée, s'il est signé par les parties. » Si le Testament, sans être signé par le tes- » tateur, était revêtu des formes requises pour » la validité des actes notariés ordinaires, mais » nul par l'omission de quelque formalité exi- » gée pour la validité des Testamens, il sem- » ble encore que la reconnaissance contenue » dans un pareil Testament, devrait subsister ; » car, pour être valide, elle n'avait besoin » que des formalités requises pour les actes » notariés ordinaires ».

Ainsi, à entendre M. Toullier, pour que l'on doive considérer comme un titre de créance proprement dite la reconnaissance d'une dette consignée dans un Testament, il suffit que l'acte soit revêtu des formalités nécessaires pour le faire valoir, soit comme écrit sous seing-privé, soit comme acte notarié ordinaire. Mais pour détruire ce système, il suffit de se reporter aux lois romaines transcrites ci-dessus, n° 1. En effet, elles décidaient que la reconnaissance d'une dette consignée dans un codicille, ne valait comme titre de créance, que lorsqu'elle était justifiée par des preuves tirées hors du codicille même ; et cependant tout le monde sait qu'à l'époque où furent écrites ces lois, le codicille n'exigeait pas plus de formalités qu'une reconnaissance de dette (1). Pourquoi donc voulait-elle que la reconnaissance ne fût, dans un codicille, considérée que comme un legs ? Parceque ce n'est qu'à titre de dernière volonté que le testateur est censé disposer lorsqu'il fait un acte de dernière volonté ; parcequ'en prenant la forme d'un pareil acte, il annonce clairement qu'il ne veut faire que des legs et une institution d'héritier.

Ne sait-on pas d'ailleurs, comme l'a dit la cour de cassation dans l'arrêt du 14 octobre 1810, rapporté ci-dessus, §. 3, art. 2, n° 8, que la disposition de l'art. 68 de la loi du 25 ventôse an 11 qui fait valoir comme écrit privé l'acte notarié que l'inobservation de quelque formalité empêche de valoir comme acte public, est particulière *aux contrats* et inapplicable aux Testamens ? Ne sait-on pas encore que, comme nous l'a dit la même cour dans un autre arrêt, du 21 novembre 1814, également rapporté ci-dessus, §. 2, art. 4, n° 4, l'omission des formalités propres aux Testamens par acte public, et inutiles dans les contrats notariés, est *une nullité radicale qui rend l'acte incapable de faire penser que le testateur ait connu ce qu'il a souscrit* ?

Enfin, avec la manière de raisonner de M. Toullier, on parviendrait à établir qu'un Testament nul comme tel, mais revêtu des formalités requises pour un acte notarié ordinaire, suffit, lorsqu'il contient une clause révocatoire, pour opérer la révocation d'un Testament antérieur ; et telle est effectivement l'opinion de ce jurisconsulte, chap. 5, sect. 8, §. 1. Mais, je ne crains pas de le dire, et je le démontre dans la quatrième édition de mon *Recueil de Questions de droit*, aux mots *Révocation de Testament*, §. 1, cette opinion n'est qu'un paradoxe, et elle est aujourd'hui rejetée universellement.

2° S'agit-il de la reconnaissance d'une dette que la personne au profit de laquelle le testateur l'a consignée dans un Testament défectueux, offre de prouver par témoins ?

J'ai déjà dit, n° 1, que la reconnaissance consignée dans un Testament regulier, équivaut, pour le prétendu créancier au profit duquel le testateur l'a faite, à un commencement de preuve par écrit ; mais en est-il de même lorsque le Testament qui la contient, est nul dans la forme ?

Voici un arrêt de la cour d'appel de Turin, qui juge que non.

Le sieur Sola, père, avait, par un Testament notarié, du 26 novembre 1804, déclaré que les acquisitions qu'il avait faites depuis vingt ans, provenaient de l'industrie et de la collaboration des sieurs Sola, ses fils ; et qu'en conséquence, il entendait qu'elles fussent prélevées par eux sur sa succession.

Ce Testament se trouvant nul par le défaut

(1) *V.* ci-dessus, s. 1, art. 4.

de mention de la lecture qui avait dû en être faite au testateur, les filles demandèrent que, sans avoir égard à la déclaration qui y était insérée en faveur de leurs frères, elles fussent admises à partager avec eux et sans distinction tous les biens composant l'hérédité paternelle.

Les sieurs Sola répondirent que la nullité du Testament ne pouvait pas empêcher que la déclaration que le testateur y avait insérée et revêtue de sa signature, au sujet des acquisitions qu'il avait faites depuis vingt ans, n'eût son plein effet; que cela résultait clairement de l'art. 68 de la loi du 25 ventôse an 11; qu'après tout, cette déclaration devait au moins leur servir de commencement de preuve par écrit; et qu'en conséquence, ils étaient prêts à en prouver par témoins la parfaite exactitude.

Le 14 juillet 1806, jugement du tribunal de première instance qui, attendu que la déclaration de laquelle argumentent les sieurs Sola, est frappée de la nullité qui vicie le Testament entier, et qu'elle ne peut pas tenir lieu d'un commencement de preuve par écrit, ordonne que les biens litigieux seront partagés également entre tous les enfans du testateur.

Appel de ce jugement de la part des sieurs Sola, en tant qu'il déclare inadmissible la preuve par témoins qu'ils avaient offerte. Qu'est-ce qu'un commencement de preuve par écrit, disent-ils? C'est, aux termes de l'art. 1347 du Code civil, *un acte par écrit émané de celui contre lequel la demande est formée, ou de celui qu'il représente, et qui rend vraisemblable le fait allégué.* Or, le Testament du 26 novembre 1804, signé du sieur Sola, n'est-il pas, quoique nul, un acte émané de lui? La déclaration qu'il contient, ne rend-elle pas le fait allégué vraisemblable? Comment, d'après cela, le tribunal de première instance a-t-il refusé une preuve que la loi lui faisait un devoir d'admettre?

Mais par arrêt du 14 mars 1807, le jugement de première instance à été confirmé,

« Attendu que les dispositions testamentaires étant régies par les lois particulières, ce n'est que par ces lois mêmes que leur validité ou nullité et la force du contenu dans l'acte doit être établie; d'où il s'ensuit qu'en vain voudrait-on aux actes de cette nature appliquer les règles établies par la loi du 25 ventôse an 11, qui n'est relative qu'aux contrats et actes publics notariés, tandis que le Code civil, en déclarant, à l'art. 1001, nuls les Testamens dans lesquels les formalités prescrites par les articles précédens, n'ont point été observées, prononce cette nullité d'une manière générale et absolue, et on ne trouve nulle part qu'une exception quelconque ait été introduite pour donner au Testament nul quelqu'autre sorte d'efficacité, ni pour soutenir quelque partie de son contenu en force d'acte d'une autre espèce;

» Que, si l'on veut chercher dans l'esprit de la loi, les causes qui ont pu motiver cette disparité de dispositions, il n'est pas bien difficile de les appercevoir, puisqu'elles paraissent puisées dans la différence essentielle qui existe entre le caractère du Testament et la nature des autres actes publics;

» Qu'il suit de là que la déclaration faite par le commun père des parties dans son Testament du 26 novembre 1804, reconnu nul pour l'inobservance des formes extrinsèques, non-seulement ne peut avoir de force comme acte sous seing-privé, mais en outre n'est pas même valable pour fournir un commencement de preuve par écrit à l'appui des demandes des appelans, puisque la nullité du Testament a trait à tout le contenu en l'acte, et emporte de nécessité que tout ce qui y est dit et écrit, doit être censé comme non écrit et non avenu (1) ».

Il est permis de croire que la cour d'appel de Turin eût jugé tout autrement, si elle eût été au courant de la manière dont avait toujours été entendu et appliqué l'art. 3 du tit. 20 de l'ordonnance de 1667, renouvelé par l'art. 1347 du Code civil.

En effet, on n'avait jamais exigé qu'un acte émané d'une partie, fût valable pour qu'il pût former contre elle un commencement de preuve par écrit; il était même universellement reconnu que l'on devait tenir pour tels, les écrits privés auxquels manquait même la signature de ceux qui les avaient tracés sur le papier (2); et l'art. 1347, bien loin de reformer cette jurisprudence, l'a formellement sanctionnée, en se servant des termes indéfinis, *tout acte par écrit émané de celui contre lequel la demande est formée.*

3° S'agit-il de la reconnaissance d'une dette pour la justification de laquelle celui en faveur de qui le testateur l'a faite par un Testament nul dans la forme, rapporte un acte antérieur dont la forme est également vicieuse?

Il faut distinguer

Si les vices de forme de cet acte antérieur sont tels qu'il ne puisse pas avoir l'effet d'un commencement de preuve par écrit, point de

(1) Jurisprudence de la cour de cassation, tome 7, partie 2, page 662.

(2) *V.* Pothier, *Traité des obligations*, n. 772, et le nouveau Denisart, aux mots *Commencement de preuve par écrit.*

doute que la nullité du Testament n'entraîne celle de la reconnaissance qu'il contient.

Mais, dans le cas contraire, l'acte antérieur, tout défectueux qu'il est dans la forme, élève une présomption en faveur de la vérité de la reconnaissance; et il n'en faut pas davantage, d'après ce qui est dit au n° 1, et sur la question précédente, pour qu'en s'appuyant sur le concours des deux actes, le juge puisse condamner l'héritier du testateur au paiement de la dette qu'il a reconnue.

C'est un des points jugés par l'arrêt de la cour de cassation, du 19 février 1816, qui est rapporté à l'article *Billet*, n° 9.

4° S'agit-il de la reconnaissance d'une dette qu'un testateur inhabile à contracter, mais capable de disposer à cause de mort, a reconnue dans un Testament nul par vice *de forme*?

Il existe sur ce cas, un arrêt du parlement de Paris, que Bardet, tome 2, liv. 7, chap. 13, rapporte en ces termes :

« Une femme mariée qui avait emprunté 1,000 livres, et s'était seule obligée au paiement sans le consentement et autorité de son mari, ayant eu avis que cette obligation était nulle, par son Testament reconnut devoir légitimement la somme. Pour le paiement de la moitié, l'un de ses enfans et héritiers étant assigné, et ayant soutenu n'y être tenu, les parties furent appointées en droit.

» Le fils en interjetta appel, pour lequel Me Jubinot dit que l'obligation de la mère de l'appelant est absolument nulle, suivant les maximes de notre droit français, par lesquelles une femme est tellement sous la puissance et sous l'autorité de son mari, qu'elle ne peut contracter ni s'obliger sans son consentement exprès. Cette nullité, infaillible et essentielle, ne peut être couverte par la reconnaissance apposée au Testament de la défunte mère de l'appelant, *parceque ce Testament ayant été reçu par un notaire hors de son ressort et de son territoire, n'est pas moins nul que l'obligation* du contenu en laquelle il doit par conséquent être absous.

» Me Doublet, pour l'intimé, dit qu'il est créancier d'autant plus légitime et de bonne foi, qu'il a prêté ses deniers à la mère de l'appelant, d'une volonté si franche qu'il n'a recherché aucunes précautions ni assurances, et a passé sur toutes les considérations qui auraient pu lui servir d'excuse légitime pour ne point prêter son argent. Cette franchise et ce témoignage d'amitié ont obligé la mère de l'appelant de faire en sorte que l'intimé ne perdît point ses deniers. Pour ce sujet, elle a apposé dans son Testament la reconnaissance y insérée, qui seule est plus que suffisante pour obtenir la condamnation de la somme demandée. La nullité du Testament n'y apporte aucun obstacle ni difficulté, puisqu'il ne s'agit point d'un legs, qui est toujours gratuit, mais d'une reconnaissance d'une dette légitime! Ce Testament, pour le moins, doit avoir autant de force et de vertu qu'une simple cédule ou promesse, contre laquelle on ne pourrait rien objecter. La défunte a fait cette reconnaissance pour décharger sa conscience; et tout au contraire, l'appelant, son fils, pour s'exempter de ce paiement, cherchant les subterfuges, les détours et les subtilités d'un droit trop étroit et trop rigide, témoigne bien qu'il n'est pas vrai héritier de sa mère, et qu'il n'a aucun sentiment de piété, laquelle consiste principalement à décharger, autant que faire se peut, la conscience de ceux dont on prend les biens. Ainsi l'appelant doit être condamné.

» M. l'avocat-général Bignon dit qu'il y a trois questions à examiner en la cause : la première concerne la nullité de l'obligation; la seconde, celle du Testament, et la troisième, la validité de la reconnaissance. Quant à la première, elle ne reçoit aucune difficulté, étant certain que la femme est tellement sous la puissance de son mari, qu'il en est le chef, la langue et la main, de telle sorte quelle ne peut vouloir, parler ni s'obliger sans son autorité et consentement exprès. Cette louable maxime, introduite par nos mœurs, est absolument nécessaire en ce siècle dépravé, où le vice tient tellement le dessus, que la vertu n'est estimée ni suivie que fort peu : autrement, ce serait donner sujet aux femmes de mal faire; ce serait laisser en leur liberté de causer leur ruine totale, même de procurer le renversement des familles, à la conservation desquelles toutes nos coutumes tendent. Cette première nullité de l'obligation pré-supposée, celle du Testament n'est pas moins certaine et évidente; étant certain qu'un notaire hors de son ressort ne peut instrumenter valablement. Si ce Testament est nul, il ne peut produire aucun effet, parceque *in jure testamentum imperfectum, nullum est*; et *quod nullum est, nullum producit effectum*, en quoi consiste la troisième et dernière question. Pour l'éclaircir, il faut observer qu'un contrat, quoique nul, étant signé de la partie, vaut comme particulier et privé, non comme public, solennel et authentique. La difficulté est plus grande touchant le Testament; néanmoins il y a sujet de dire le même en cette cause, en laquelle on voit un Testament fait sans suggestion pour décharger la conscience d'une personne à qui l'on a prêté des deniers avec trop de facilité. Si cette reconnaissance ne produit pas une

obligation civile, attendu la nullité du Testament, au moins en produit-elle une naturelle. Si la somme n'est pas due *in vim testamenti*, *saltem debetur in vim consensûs*. Le frère de l'appelant a payé sa moitié, il est raisonnable que l'appelant paie l'autre.

» La cour met l'appellation et ce dont il était appelé, au néant; évoque le principal et faisant droit, condamne l'appelant à payer la somme de 500 livres sans dépens, le 10 février 1638 ».

Si cet arrêt a adopté, comme on doit le croire, les motifs sur lesquels étaient fondées les conclusions de M. l'avocat-général Bignon, on peut dire qu'il a adopté et consacré une contradiction choquante.

M. Bignon convenait que l'obligation de mille livres souscrite par la femme sans l'autorisation de son mari, était radicalement nulle.

Il convenait également de la nullité du Testament qui contenait la reconnaissance de cette obligation.

Il convenait, par suite, que cette reconnaissance était nulle *vi testamenti*, et cependant il soutenait qu'elle devait valoir *vi consensus*, et comme *obligation naturelle*.

Mais comment ne faisait il pas attention, que, dès qu'elle ne valait que comme obligation, elle rentrait nécessairement dans la disposition de la coutume qui annulait toute obligation souscrite par une femme non-autorisée de son mari? Comment ne faisait-il pas attention que, dès qu'elle ne pouvait pas valoir en vertu du Testament et comme legs, elle ne pouvait plus, le Testament étant nul, être maintenue par la disposition de la coutume qui dispensait la femme de l'autorisation de son mari pour tester? Disons-le franchement, raisonner comme l'a fait M. Bignon dans cette espèce, c'est fouler aux pieds la loi qui déclare la femme incapable de s'obliger sans l'autorisation de son mari; et un pareil arrêt n'échapperait pas aujourd'hui à la cassation.

III. Quel est l'effet de la révocation d'un Testament régulier sur la déclaration que le testateur y avait faite de devoir telle somme ou telle chose à telle personne?

Il est et doit nécessairement être le même que celui de la nullité dont le Testament serait vicié dans son principe.

Ainsi, 1° point de doute qu'en thèse générale, celui au profit duquel a été consignée, dans un Testament régulier, la reconnaissance d'une dette, ne soit, après la révocation de ce Testament, sans action pour exiger sa prétendue créance, s'il n'en rapporte d'ailleurs une preuve légale.

Il est vrai que Pothier enseigne le contraire dans son *Traité des donations testamentaires*, chap. 6, sect. 2, §. 3 : « On demande (ce » sont ses termes) si la reconnaissance portée » par un Testament, que le testateur doit certaine somme à une personne, est révocable? » Il faut distinguer : en tant qu'elle contient » une preuve de la dette, elle n'est pas révocable; la preuve qui subsiste de cet aveu, » subsiste nonobstant la révocation de cet » aveu, et dispense le créancier de rapporter d'autres preuves de sa créance; mais » cette reconnaissance, en tant qu'elle contiendrait un legs de la somme que le testateur a reconnu devoir, quoique le testateur ne la dût pas effectivement, est révocable, et la révocation a cet effet que l'héritier, qui ne serait pas recevable à prouver » que cette somme n'était pas due, si la reconnaissance n'avait pas été révoquée, parceque » cette reconnaissance vaudrait comme legs, » sera recevable à faire cette preuve, et à détruire celle qui résulte de l'aveu (1) ».

Il est vrai encore que, dans la première édition des observations de Bretonnier sur Henrys, liv. 51, chap. 1, quest. 6, on lit que *la reconnaissance d'une dette faite dans un Testament au profit d'une personne capable de recevoir, ne laisse pas de subsister, quoique le Testament soit révoqué.*

Mais d'abord le *Traité des donations testamentaires de Pothier* n'a été imprimé qu'après sa mort; et c'est assez dire que, s'il l'eût fait imprimer lui-même, il n'y aurait pas laissé subsister une doctrine qui contrastait de la manière la plus choquante avec les premiers principes de la matière. En effet, on n'a jamais douté qu'un aveu ne fût révocable au gré de celui qui l'avait fait, tant que la partie intéressée à s'en prévaloir, ne l'avait pas accepté, sinon en termes exprès, du moins implicitement (2); et jamais on n'a prétendu qu'un aveu révoqué à temps, continuât de faire preuve. Comment donc l'aveu que le testateur a fait d'un dette par un Testament auquel son créancier n'a été ni pu être présent pour l'accepter, pourrait-il survivre à la révocation de cet acte, et rejeter sur ses héritiers la preuve qu'il ne devait rien?

(1) *Les rédacteurs du Journal des audiences de la cour de cassation, année 1824, Supplément, page 6, prêtent la même opinion à M. Delvincourt, tome 2, page 837; mais c'est à tort. M. Delvincourt ne traite pas même la question.*

(2) *V.* l'article *Preuve*, sect. 2, §. 1, n° 6.

Quant à Bretonnier, il s'est formellement rétracté dans sa seconde édition. Voici ses propres termes :

« La déclaration faite par un testateur dans son Testament, de devoir quelque chose à quelqu'un, vaut toujours comme legs ou fidéicommis, ainsi que cela est décidé par la loi 28, §. 13 et 14, D. *de liberatione legatâ*.

» Mais une semblable déclaration ne produit point d'action contre le testateur ni ses héritiers, ainsi que cela est nettement décidé par les mêmes lois.

» Dans tout le droit, il n'y a qu'un seul cas où une semblable déclaration produit action : c'est lorsque la déclaration est faite avec serment, *scilicet cùm jusjurandum dedisse super hoc testator affirmavit, credenda est scriptura*, dit la loi *cùm quis decedens*, 37, §. 5, D. *de legatis* 2°; et encore il faut remarquer que, dans cette loi, il s'agit d'un dépôt qui ordinairement se fait sans écrit, et qui demande une exubérance de bonne foi.....

» Mais la difficulté consiste à savoir si, le Testament étant révoqué, la reconnaissance portée par icelui, demeure pareillement révoquée.... je crois qu'il faut pareillement distinguer.

» Si la reconnaissance ne vaut que comme legs ou fidéicommis, le Testament ou le codicille étant révoqué, la reconnaissance demeure pareillement révoquée, ainsi que cela est décidé dans la loi *cùm quis decedens*, §. 1, D. *de legatis* 3°.

» Si la reconnaissance produit une action, ce qui n'a lieu que lorsqu'elle a été faite avec serment et en matière de dépôt, elle est censée révoquée par le Testament.....

» Ainsi, dans ma première observation, *je n'ai pas eu raison d'établir pour règle générale, que, quand la reconnaissance a été faite au profit d'une personne capable, elle est irrévocable* ».

Une rétractation aussi formelle de la part d'un auteur qui tenait aussi fortement à ses opinions que Bretonnier, est sans doute une preuve irréfragable de la vérité de la doctrine à laquelle il a fini par adhérer.

Cette doctrine est, au surplus, celle de tout ce qu'il y a de plus distingué parmi les jurisconsultes. C'est même précisément à la justifier que s'attache Furgole, dans le passage de son *Traité des Testamens*, qui est cité plus haut, n° 1, et qu'il termine ainsi : « afin que » la déclaration de dépôt et autre semblable » contenue dans un Testament, ne soit pas » révocable et révoquée par un Testament » postérieur, il est nécessaire que celui qui se » prétend créancier, prouve la cause de la » dette par quelque genre de preuve autre que » la confession du testateur ».

Et voici un arrêt du parlement de Provence qui le juge ainsi.

En 1605, la nommée Chabaude fait un Testament par lequel, en instituant héritier Daniel Icard, son mari, elle déclare *qu'encore que son mari eût confessé avoir reçu 1200 écus de sa dot, néanmoins il y en avait 400 du mari*.

En 1629, par un second Testament, elle révoque le premier, et institue pour héritier Cery de Fournillieri, son cousin germain.

Après la mort de la testatrice, procès entre Cery de Fournillieri, son héritier institué, et les héritiers du mari.

Les héritiers du mari soutiennent que le second Testament est nul dans la forme, et qu'ainsi, le premier doit avoir tout son effet; ils ajoutent *qu'à tout événement, la testatrice ayant déclaré que, sur les 1200 écus confessés de la dot, il y en avait 400 du mari, cette déclaration devait subsister, quoique le Testament fût révoqué*.

« Il fut répondu (dit Boniface, tome 2, liv. » 1, tit. 15, chap. 1,) que cette déclaration » ne donnait aucun droit au mari, et que, » suivant la maxime tirée de la loi 27, D. *de* » *probationibus*, et la loi 26, D. *depositi*, le » Testament étant révoqué, les déclarations » faites en icelui, l'étaient aussi.....

» Par arrêt prononcé par M. le premier » président, en l'audience de la grand'chambre, du lundi 18 mars 1647, la cour déclara » le Testament de 1605 révoqué; condamna » les héritiers du mari de vider à Cery de » Fournillieri la succession de la testatrice, » *excepté 400 écus à la demande* desquels ils » contesteraient pardevant le rapporteur ».

Cet arrêt juge bien clairement que le Testament révoqué ne faisait pas preuve pour les héritiers du mari, relativement aux 400 écus; car autrement, il eût été inutile de renvoyer les parties à contester ultérieurement sur cet objet.

Ricard, *Traité des donations*, part. 3, n° 111, nous retrace un arrêt semblable qu'il atteste avoir « vu prononcer à l'audience de » la grand'chambre (du parlement de Paris), » le lundi 26 juin 1651, dans cette espèce : le » mari avait accusé sa femme de recélé; la » femme avait reconnu la vérité de l'accusa- » tion par un premier Testament qu'elle avait » fait, dans lequel, pour réparation du dom- » mage que son mari avait souffert, elle lui » laisse une somme en la coutume de Poitou, » par la disposition de laquelle il est permis » aux maris et femmes de s'avantager par Tes-

» tament; mais ensuite elle fait un second » Testament par lequel elle ne parle en façon » quelconque, ni du recélé, ni du legs fait à » son mari par le premier Testament. Sur ce » intervint contestation entre les héritiers de » la femme, qui soutenaient que toutes les » dispositions contenues au premier Testa- » ment, étaient indistinctement révoquées par » le dernier, et le mari qui prétendait que le » premier lui pouvait servir de reconnaissance » pour demander la somme que sa femme lui » avait laissée pour le récompenser de ce » qu'elle avait détourné de sa maison. Le Sé- » néchal de Poitiers, pardevant qui ce diffé- » rend était pendant, avait ordonné qu'aupa- » ravant faire droit, les parties feraient preuve » du recélé; dont le mari ayant interjetté ap- » pel, prétendant que la somme à lui léguée, » lui avait dû être adjugée présentement en » vertu de la reconnaissance portée par le » premier Testament, la cour, par son arrêt, » confirma la sentence ».

C'est aussi sur cette doctrine que sont fondés les motifs de l'arrêt de la cour d'appel d'Aix, du 8 juin 1813, rapportés ci-dessus, n° 1.

Enfin, il y a un arrêt de la cour royale de Corse, du 10 mai 1823, qui juge de même, mais dans un cas particulier, dans celui où la personne au profit de laquelle avait été reconnue, par un Testament révoqué depuis, la prétendue dette dont il s'agissait, était incapable de recevoir (1).

2° Le Testament révoqué ne laisse pas de former un commencement de preuve par écrit de la dette dont il contient l'aveu, ni par conséquent de suffire pour faire admettre à la preuve par témoins, celui au profit duquel cet aveu a été fait.

A la vérité, la présomption qui résulte de cet aveu, est fort affaiblie par la révocation du Testament; mais elle n'est pas entièrement détruite. Le Testament, tout révoqué qu'il est, n'en conserve pas moins le caractère *d'acte par écrit émané du testateur*. Il n'en peut donc pas moins, aux termes de l'art. 1347 du Code civil, servir de commencement de preuve par écrit, lorsque, d'après les circonstances, *il rend vraisemblable le fait allégué*.

M. Toullier, tome 5, n° 637, prétend que cela doit être restreint au cas où la reconnaissance a été faite au profit d'une personne capable de recevoir et par un testateur qui ne laisse pas de descendans ou d'ascendans dont elle entamerait la réserve.

(1) Journal des audiences de la cour de cassation, année 1824. Supplément, page 5.

Mais pourquoi n'en serait-il pas de même dans le cas où la reconnaissance a été faite, soit au profit d'une personne incapable, soit au préjudice de la réserve assignée par la loi aux descendans et ascendans? C'est, dit M. Toullier, parcequ'alors elle *n'est considérée que comme un legs*. Mais n'est-ce pas aussi *comme un legs* qu'elle est considérée, lorsqu'il n'y a, ni incapacité dans la personne qui en est l'objet, ni limites dans la disponibilité des biens du testateur? Et dès-là, quel prétexte y aurait-il pour distinguer ce cas du précédent? Que le juge se montre plus difficile pour admettre la preuve par témoins dans celui-ci que dans celui-là, rien de plus juste. Mais qu'il ne puisse pas l'admettre dans l'un comme dans l'autre, c'est à quoi la raison se refuse.

3° Du principe que la reconnaissance d'une dette ne laisse pas, nonobstant la révocation du Testament qui la contient, de former toujours un commencement de preuve par écrit, il suit tout naturellement, d'après ce qui est dit plus haut, à la fin du n° 2, qu'elle suffit même pour asseoir une condamnation définitive, lorsqu'il s'y joint, ou un autre commencement de preuve par écrit, ou une présomption résultant de faits constans, de la réalité de la dette.

Et c'est ce qui nous donne la clef de deux arrêts du parlement de Paris, qui, sans cela, seraient inexplicables.

Par le premier, du 18 février 1613, une femme qui, dans un Testament qu'elle avait fait pendant une maladie grave, s'était reconnue débitrice de mille pièces d'or envers le nommé Mabireau, fut, sur la demande de l'héritier de celui-ci, appuyée de l'original du Testament même qui était tombé entre ses mains, condamnée à lui payer cette somme, quoiqu'elle soutint ne lui rien devoir, et qu'elle déclarât révoquer le legs qu'elle prétendait avoir fait sous la forme d'une reconnaissance de dette.

A entendre Mornac qui rapporte cet arrêt, sur la loi 26, §. dernier, D. *depositi*, le parlement de Paris ne condamna cette femme que parceque Mabireau étant capable de recevoir d'elle toute espèce de libéralité, elle n'avait eu aucune raison pour masquer le legs qu'elle eût voulu lui faire; que, dès-lors, on devait croire qu'elle ne s'était reconnue sa débitrice que parcequ'elle l'était réellement; et qu'elle s'était liée irrévocablement par sa reconnaissance.

Mais au lieu de prêter au parlement de Paris une manière de juger aussi contraire aux premiers principes, il est bien plus raisonnable de supposer qu'il s'est déterminé par une par-

ticularité qui se trouvait dans la cause et que l'héritier de Mabireau ne manquait pas de faire valoir : c'est qu'il avait existé entre Mabireau et le mari prédécédé de la testatrice, des relations d'affaires fort compliquées, *implicata inter eum et testatricis conjugem intercessisse negotia*, par suite desquelles il était vraisemblable que l'un était devenu débiteur de l'autre.

Par le second arrêt, du 8 mars 1659, il fut jugé (dit l'annotateur de Ricard, à l'endroit cité, d'après le journal du palais, tome 1, page 963), « que la reconnaissance faite par » un premier Testament, d'une somme de » mille livres que le testateur avait déclaré » devoir à un particulier, devait subsister, » encore que ce premier eût été révoqué par » un second où il n'était pas fait mention de » la même dette ». En effet, comme le remarque le même écrivain, il était constant, dans l'espèce sur laquelle a été rendu cet arrêt, que le testateur *avait déclaré, avant de mourir, à son confesseur que cette somme était encore due;* et de là résultait évidemment en faveur de la sincérité de la déclaration insérée dans le premier Testament, une présomption suffisante pour la faire survivre à la révocation de cet acte (1). En vain les rédacteurs du journal du palais assurent-ils que « la raison de » décider fut qu'un Testament peut contenir » une obligation, une quittance, et autres » actes qui ne sont point legs, ni de l'essence » des Testamens; qu'on n'a jamais douté que » la confession d'une dette ne soit de la même » qualité; que les obligations sont des actes » volontaires; mais qu'étant faites, elles de» viennent nécessaires ». Qui a révélé à ces auteurs le motif de l'arrêt qu'ils rapportent? Personne. Il est donc bien plus naturel de le regarder comme fondé sur les circonstances particulières qu'ils attestent eux mêmes, que de le supposer en opposition avec l'arrêt de la grand'chambre de la même cour, du 26 juin 1651.

4° La déclaration par laquelle un testateur s'est reconnu coupable de vol ou d'exactions illicites envers une personne, et en a ordonné la restitution, suffit-elle, nonobstant la révocation du Testament qui la contient, et sans qu'il soit besoin d'autre présomption ni de preuve par témoins, pour condamner définitivement, soit le testateur lui-même, soit son héritier?

Il y a dans les *Décisions sommaires du palais de la Peyrère*, tome 1er, page 236, édition de 1807, un arrêt du parlement de Bordeaux, du 7 septembre 1775, par lequel « une » déclaration faite par une mère dans son » Testament, *où elle confessait avoir détourné certains effets appartenant à son fils du premier lit*, fut dite suffisante pour » autoriser celui-ci à demander le paiement desdits effets, quoique la mère eût » révoqué le Testament qui portait cet aveu». Les juges ont sans doute pensé que, dans cette espèce, on ne pouvait pas raisonnablement présumer que la testatrice n'eût cherché, en se déclarant coupable de soustractions faites au préjudice de son enfant de premières noces, qu'à couvrir un legs du voile d'une reconnaissance de dette; qu'il y avait plutôt lieu de croire que c'était la force de la vérité et l'appréhension d'une mort prochaine qui lui avaient arraché un aveu aussi humiliant pour elle; et que c'était le cas de dire avec les auteurs dont parle Furgole, chap. 11, n° 48, que la maxime de Cujas, *in dubio præsumitur quæsitisse prætextum legato*, ne s'applique pas aux confessions testamentaires *pro restitutione malè ablatorum*.

Mais on a vu tout-à-l'heure que le parlement de Paris en avait jugé autrement par son arrêt du 26 juin 1651, et que, sans avoir égard à l'aveu qu'une femme avait fait dans un premier Testament, révoqué par un second, d'avoir recelé des effets appartenant à son mari, il avait confirmé la sentence qui n'avait laissé à celui-ci que la ressource de prouver par témoins la vérité de cet aveu.

Auquel de ces deux arrêts doit-on s'en tenir? Je n'hésite pas à dire que c'est à celui du parlement de Paris. En effet, que de la déclaration consignée par un testateur dans son Testament, qu'il s'est rendu coupable de vol ou d'exactions illicites, il résulte une preuve complète en faveur de celui au profit duquel il l'a faite, à la bonne heure. Mais quand le testateur a lui-même révoqué cette déclara-

(1) M. Toullier cite cet arrêt comme ayant jugé que la reconnaissance d'une dette consignée dans un Testament révoqué depuis, *ne doit pas faire preuve entière;* et il est évident qu'il n'aurait dû le citer que comme jugeant que la révocation du Testament dans lequel est consignée la reconnaissance d'une dette, n'empêche pas que cette reconnaissance ne conserve tout son effet, lorsqu'à la présomption qu'elle forme, se joint une autre présomption tirée des circonstances de la cause.

Ce n'est pas avec plus d'exactitude que M. Toullier attribue à deux arrêts du parlement de Toulouse, de 1593 et 1596, rapportés par Cambolas, liv. 1, chap. 26, et liv. 2, chap. 20, la même décision qu'il prête à celui du parlement de Paris, du 8 mars 1659. Ces deux arrêts que je rapporte dans la troisième édition de mon *Recueil de Questions de droit*, aux mots *Révocation de Testament*, §. 1, n'ont pas l'ombre de rapport à notre question.

tion par un Testament postérieur, qu'en reste-t-il? Rien qu'un commencement de preuve par écrit. Or, un simple commencement de preuve par écrit peut-il tenir lieu d'une preuve complète? Non certainement.

Aussi l'annotateur de la Pratique de Pavie (*Praxis Papiensis*) de Pierre de Ferrare, enseigne-t-il positivement, en citant Balde *ad speculum*, titre *de confessis*, §. *Confessio*, que *confessio quam quis facit quòd usuras extorserit, vel quid malè abstulerit, in Testamento, absente parte, potest revocari revocando Testamentum; quid non est species probationis ut quid ex eâ possit conveniri, sed species ultimæ voluntatis quæ potest revocari.*

Danty va même plus loin. Après avoir dit, n° 11, « que, dans le cas auquel le testateur a » révoqué, par un second Testament, la déclaration qu'il avait faite dans le premier, » cette déclaration ne laisse pas d'être du » moins un commencement de preuve par » écrit contre ses héritiers, qui peut servir à » faire admettre la preuve par témoins, en » faveur de la personne au profit de qui elle » est faite »; il ajoute, n° 12 : « mais, si cette » déclaration est faite par le testateur ex» près sement pour la décharge de sa cons» cience, ou qu'il y ait lieu de présumer, par » les circonstances du fait, qu'elle ait été » faite par lui dans cet unique dessein, il est » certain, même suivant l'opinion des doc» teurs, qu'elle peut être révoquée par un se» cond Testament : ainsi, celui qui a reconnu » par un premier Testament, qu'il a exigé » des intérêts illicites, peut, par un second, » faire une déclaration contraire, ou n'en » point parler; et en vertu de ce premier » Testament, on ne pourrait agir contre lui, » comme ayant un commencement de preuve » par écrit qu'il a exigé des intérêts usurai» res, parceque, disent les docteurs, le Testa» ment ne fait point preuve en ce cas; il n'est » considéré que comme une dernière disposi» tion, laquelle est révocable par une posté» rieure...; à quoi on peut ajouter que, depuis » le premier Testament, le testateur peut » avoir restitué les intérêts usuraires, ou sa» tisfait à la personne intéressée; et cette pré» somption jointe à celle qui résulte de son » dernier Testament, où il fait une déclara» tion contraire, suffit pour empêcher la » preuve par témoins de la vérité de celle » portée dans le premier ».

On ne peut qu'applaudir aux raisons données par cet auteur pour établir que la confession testamentaire *pro restitutione malè ablatorum*, perd, par la révocation du Testament qui la contient, la vertu de former une preuve complète contre les héritiers du testateur. Mais quelle logique y a-t-il à aller, comme il le fait, jusqu'à dire qu'une fois révoquée par un testament postérieur, elle ne forme plus même un commencement de preuve par écrit, à l'aide duquel celui au profit duquel le testateur l'a faite, puisse en justifier la vérité par témoins? Il convient que la révocation de la reconnaissance d'une dette dont la cause n'a rien d'humiliant pour celui qui la fait, et qui, d'après les textes du droit romain cités plus haut, n° 1, ne pouvant pas valoir comme preuve de la dette reconnue, ne vaut que comme simple legs, ne lui ôte pas le caractère de commencement de preuve par écrit. Eh! Comment pourrait-il en être autrement de la reconnaissance testamentaire qui, à raison de ce que le testateur n'a pu la faire qu'en s'accusant lui-même d'infidélités ou d'exactions honteuses, suffirait seule, si elle n'était pas révoquée, pour faire considérer comme véritable créancier, celui qui en est l'objet?

5° De ce que, comme l'a jugé l'arrêt du parlement de Paris, du 18 juin 1613, le testateur lui-même peut être condamné au paiement de la dette qu'il a reconnue par un Testament révoqué depuis, lorsqu'un commencement de preuve par écrit qui en résulte, se joint un autre commencement de preuve par écrit rapporté par celui dont il s'est avoué débiteur, il suit bien évidemment que, si, au lieu de rapporter un commencement de preuve par écrit de plus, celui au profit duquel la reconnaissance a été faite, offrait la preuve par témoins de sa créance, il devrait y être admis même contre le testateur.

Mais Danty ne s'en tient point là : il va jusqu'à dire, n°s 13 et 14, que, si, apprenant que j'ai fait un Testament par lequel je me suis reconnu débiteur de Pierre, et que je l'ai révoqué depuis, Pierre m'actionne en paiement de la dette que j'ai reconnue à son profit, et qu'interrogé, à sa requête, sur faits et articles, je convienne qu'effectivement j'ai reconnu lui devoir telle somme, mais je me borne à soutenir que ma reconnaissance a perdu toute sa force par la révocation que j'en ai faite, Pierre devra, non pas être admis à la preuve par témoins de sa prétendue créance, mais obtenir d'emblée condamnation contre moi.

Et sur quoi fonde-t-il cette étrange opinion? Sur un arrêt du parlement de Paris qu'il rapporte, d'après Vrevin, sur l'art 54 de l'ordonnance de Moulins, et dont il abuse manifestement.

« Un particulier (dit il) ayant reconnu » verbalement devant plusieurs personnes, » qu'il devait une certaine somme à son » créancier qui n'avait point de promesse ni » d'obligation de lui, étant revenu en convalescence, et assigné sur le fondement de » cette reconnaissance verbale, à la requête » de ce créancier, pour payer cette somme, » reconnut par son interrogatoire sur les faits » et articles, qu'effectivement il avait fait » cette déclaration étant à l'extrémité de la » maladie; mais il ajouta qu'il avait perdu » l'esprit en ce temps-là, et demanda à en » faire preuve par témoins; ce qui lui ayant » été accordé, et n'ayant pu prouver, il fut » condamné à payer cette somme, en vertu » de cette déclaration verbale qu'il avait faite » au profit de son créancier, par arrêt du » mois de décembre 1637 ».

Pourquoi, dans cette espèce, le demandeur a-t-il obtenu condamnation, sur le seul aveu du défendeur qu'il avait précédemment reconnu sa créance? Parcequ'en intentant ses poursuites avant que le défendeur eût révoqué sa reconnaissance verbale, il l'avait acceptée *rebus integris*, et que, par là, il avait placé celui-ci dans l'impossibilité de la révoquer à son détriment.

Mais dans notre hypothèse, Pierre n'a intenté son action qu'après la révocation du Testament par lequel je m'étais reconnu son débiteur. Ma reconnaissance n'a donc plus en sa faveur que l'effet d'un commencement de preuve par écrit. Elle ne peut donc pas servir seule de base à ma condamnation. Il faut donc que Pierre y joigne la preuve par témoins de sa prétendue créance, ou que je sois renvoyé de sa demande.

Il est vrai que, dans le recueil de la Peyrère, à l'endroit cité, page 235, on trouve un arrêt sans date du parlement de Bordeaux, par lequel, s'il en faut croire cet auteur, il fut « jugé qu'un testateur qui avait déclaré, par » son Testament, avoir les pièces devers soi » de certain compte, cette confession faisait » preuve contre lui, quoiqu'il eût révoqué la- » dite confession et son Testament».

Mais quel fond peut-on faire sur un arrêt dont les circonstances sont absolument inconnues? Qu'opposait la partie qui se prévalait contre le testateur, de sa reconnaissance, au Testament postérieur qui en contenait la révocation? Rapportait-il des pièces, ou argumentait-il de faits constans, desquels il résultait en sa faveur, soit un commencement de preuve par écrit de plus, soit une présomption grave? Ou bien se bornait-il à soutenir, contre tout principe, que le testateur n'avait pas pu révoquer, *rebus integris*, un aveu qu'il avait fait à son profit; on l'ignore. Il n'y a donc aucune espèce d'induction à tirer de cet arrêt.

SECTION III. *La disposition de l'art. 422 de la coutume de Normandie qui faisait dépendre de la survie du testateur pendant trois mois, l'exécution du Testament qui disposait du tiers des acquêts et conquêts immeubles, avait-elle été abolie avant le Code civil par l'art. 61 de la loi du 17 nivôse an 2?*

Cette question a été agitée dans deux espèces où se présentaient en même temps celles de savoir

Si l'on doit confirmer ou annuler le Testament fait par un émigré amnistié en vertu du sénatus-consulte du 6 floréal an 10, après la délivrance de son certificat d'amnistie par le ministre de la police, mais avant que ce certificat eût été signé par le ministre de la justice, et qu'il fût parvenu au testateur;

Si, avant la publication du Code civil, le défaut d'insinuation emportait la nullité d'un Testament;

Si un Testament devient caduc, par la voie de fait que commet le légataire universel, en s'emparant de la succession de sa propre autorité, et sans délivrance préalable de la part de l'héritier ou de la justice, surtout lorsque le testateur a permis au légataire de se saisir lui-même;

Si deux époux peuvent, par Testament, se donner l'un à l'autre les biens auxquels ils se sont ôté, par leur contrat de mariage, le droit de venir par succession *ab intestat;*

Si, sous l'empire de l'ordonnance de 1735, les faits de suggestion étaient aussi facilement admis contre les Testamens olographes que contre les Testamens solennels.

Première espèce.

Pierre-Gilles Costé de Triquerville, ci-devant conseiller au parlement de Rouen, était inscrit sur la liste des émigrés, lorsque parut le sénatus-consulte du 6 floréal an 10. Déjà rentré en France, il fit, dès le 24 du même mois, devant le préfet du département de la Seine-Inférieure, la déclaration et le serment prescrits par cette loi.

Le 4 thermidor suivant, sur le vu du procès-verbal constatant cette déclaration et ce serment, le ministre de la police fit rédiger, signa et envoya au ministre de la justice, conformément à l'art. 8 du sénatus-consulte, le certificat d'amnistie de Pierre-Gilles Costé.

Celui-ci était alors à Rouen. Le lendemain

5 thermidor, il y fit un Testament par lequel il légua au sieur Gueroult l'usufruit de sa maison de Triquerville et de ses dépendances.

Il mourut le 7 du même mois ; et ce ne fut que le 20 que le ministre de la justice signa et délivra son certificat d'amnistie.

Assigné par le sieur Guéroult, en délivrance de son legs, Casimir-Pierre Costé, fils et héritier bénéficiaire du testateur, demanda la nullité du Testament. Il soutenait, 1° que son père n'avait pas encore recouvré la vie civile lorsqu'il avait disposé ; 2° qu'il n'avait pas survécu pendant trois mois à ses dispositions, et que par conséquent, d'après l'art. 422 de la coutume de Normandie, elles étaient devenues caduques.

Le 20 fructidor an 11, jugement du tribunal de première instance de Rouen, qui, sans avoir égard à la demande du sieur Costé fils, en nullité du Testament de son père, accorde au sieur Guéroult la délivrance de son legs.

Le sieur Costé appelle de ce jugement, et ajoute à ses premiers moyens, que la maison de Triquerville et ses dépendances ont été, par arrêté de l'administration centrale du département de la Seine-Inférieure, du 22 germinal an 6, abandonnées à la dame Costé, sa mère, pour son douaire ; qu'ainsi, le testateur, en léguant l'usufruit de ce bien au sieur Guéroult, a disposé d'une chose qui ne lui appartenait pas.

Par arrêt du 4 floréal an 12, la cour d'appel de Rouen déclare qu'il a été bien jugé,

« Attendu, 1° que le cit. Costé, testateur, amnistié par l'effet du sénatus-consulte du 6 floréal an 10, en remplissant par lui les conditions que lui imposaient les art. 2, 3 et 4 de ce sénatus-consulte, a complètement rempli ces mêmes conditions, et pleinement satisfait à tout ce que la loi exigeait de lui pour le faire participer au bénéfice de l'amnistie ;

» Que cette exécution par le cit. Costé, des conditions qui lui étaient imposées, a été certifiée, le 4 thermidor an 10, par le ministre de la police, qui, en conséquence et au nom de la loi, l'a déclaré amnistié ; que, dès-lors, le 5 thermidor an 10, jour où il a fait son Testament, le cit. Costé était rendu à la jouissance de ses droits civils, et à la qualité de citoyen français; que la délivrance qui devait lui être faite de ce certificat, par le ministre de la justice, lui était nécessaire pour obtenir la mise en possession de ses biens, et faire courir le délai de la surveillance légale, mais n'ajoutait rien d'ailleurs à l'effet de l'amnistie opérée par les dispositions de la loi, par l'exécution des conditions prescrites, par le certificat qui, en constatant cette exécution, et que le cit. Costé n'était point dans le cas des exceptions portées dans la loi, déclarait le cit. Costé amnistié;

» 2° Que l'art. 422, de la coutume de la ci-devant Normandie ne fut jamais qu'un statut purement réel, déclaré tel par l'art. 74 de l'ordonnance de 1735...; que, dans le fait, il n'eut jamais son exécution que pour les biens d'une certaine nature situés dans le ressort de cette coutume ; que ce statut réel qui apposait une condition de survie à la donation, pour qu'elle pût avoir son effet, mais qui, d'ailleurs, était parfaitement étranger à la forme extrinsèque de l'acte, se trouve, comme toutes autres dispositions coutumières purement territoriales, aboli par l'art. 61 de la loi du 17 nivôse an 2,»

3° Que le nouveau moyen tardivement employé par l'appelant, est d'ailleurs mal fondé, parceque la dame Costé n'a obtenu la délivrance de la ferme de Triquerville et autres objets, que provisoirement et pour le cas supposé de la mort civile de son mari et de la confiscation qu'il avait encourue ; que le cit. Costé ayant été relevé avant sa mort naturelle, et de la confiscation et de l'effet de la mort civile, la délivrance provisoire faite à son épouse devient nécessairement caduque ;

» Que d'ailleurs la dame Costé s'étant divorcée et remariée, ne peut prétendre son douaire sur les biens de son mari ;

» Qu'enfin, le tiers coutumier était aboli avant l'ouverture de la succession du cit. Costé père; et que, quand il ne le serait pas, l'appelant ne pourrait y prétendre sans renoncer à la succession paternelle, et tant qu'il serait héritier bénéficiaire ».

Le sieur Costé se pourvoit en cassation.

« Il attaque l'arrêt (ai-je dit à l'audience de la section des requêtes, du 5 nivôse an 13),

» Comme contenant, dans son premier motif, une contravention à la loi qui déclare les émigrés morts civilement, et, par suite, une fausse application de l'art. 1er du sénatus-consulte du 6 floréal an 10 ;

» Comme violant, par son deuxième motif, la disposition de l'art. 422 de la coutume de Normandie ;

» Comment faisant, par son dernier motif, une fausse application de l'art. 7 de la loi du 3 brumaire an 2, une infraction à l'art. 16 du sénatus-consulte cité, et une entreprise sur les attributions de l'autorité administrative.

» Si nous n'avions à discuter ici que le deuxième de ces moyens, nous ne balancerions pas à vous proposer le rejet de la demande à laquelle il sert d'appui. Car, s'il est vrai que

l'art. 61 de la loi du 17 nivôse an 2 n'a pas dérogé aux formes dont les lois précédentes exigeaient que les Testamens fussent revêtus, il l'est aussi, et il l'est incontestablement, qu'elle a détruit toutes les conditions auxquelles les lois précédentes subordonnaient, soit la disponibilité de certains biens, soit la faculté de les donner à telles ou telles personnes. En abolissant, à cet égard, la différence qu'établissaient les coutumes entre les meubles et les immeubles, en déclarant les uns comme les autres disponibles jusqu'à la concurrence d'une quotité fixée d'abord au sixième ou au dixième, et étendue ensuite par la loi du 4 germinal an 8, au quart, au tiers et à la moitié, la loi du 17 nivôse an 2 a évidemment fait disparaître toutes les autres entraves que les coutumes avaient mises à la disponibilité des biens, soit à raison de leur nature immobilière, soit à raison de la qualité des personnes que l'on voulait en gratifier. Et de même que, par les art. 13 et 14 de cette loi, ont été abolis les statuts qui, pour la validité des dons mutuels entre époux, exigeaient la survie des deux co-donateurs pendant un certain espace de temps (ainsi que la cour l'a jugé par arrêt du 30 messidor an 11, en rejetant au rapport de M. Rousseau, le recours en cassation de la veuve Maillart et consorts, contre un jugement du tribunal d'appel d'Orléans, rendu en faveur de la veuve Châteauchalon); de même aussi, par l'art. 61 de la même loi, ont été nécessairement abrogés les statuts qui faisaient dépendre de la survie des testateurs, pendant un temps plus ou moins long, l'effet des Testamens par lesquels ils disposaient de biens de certaine nature.

» La chose est d'ailleurs d'autant moins douteuse, relativement à l'art. 422 de la coutume de Normandie, que cet article avait été déclaré, par l'art. 74 de l'ordonnance de 1735, ne former qu'un *statut réel*, c'est-à-dire, n'avoir trait qu'à la disponibilité des biens, et ne se rapporter ni à la capacité des personnes, ni à la forme des actes.

» Abandonnons donc le moyen que le demandeur cherche à tirer de l'art. 422 de la coutume de Normandie, et voyons d'abord si c'est avec plus de fondement que le demandeur se prévaut de l'état de mort civile dans lequel il soutient qu'était encore son père lorsqu'il a fait son Testament.

» Cette question revient à celle de savoir à quelle époque ont été réintégrés dans leurs droits civils les émigrés amnistiés par le sénatus-consulte du 6-floréal an 10; s'ils l'ont été dès le jour dont ce sénatus-consulte porte la date; s'ils l'ont été le jour où ils ont fait la déclaration et le serment prescrits par ce sénatus-consulte; s'ils l'ont été le jour où le ministre de la police a fait rédiger le certificat constatant que cette déclaration a été faite, que ce serment a été prêté, et qu'il n'y a lieu à l'application d'aucune des exceptions que le sénatus-consulte renferme à l'égard de certains émigrés; ou enfin, s'il ne l'ont été que le jour où le ministre de la justice a signé ce certificat, et le leur a délivré.

» A la première vue, on pourrait penser que leur réintégration date du jour même du sénatus-consulte. L'art. 1er de cette loi porte qu'*amnistie est accordée, pour fait d'émigration, à tout individu qui en est prévenu et qui n'est pas rayé définitivement;* et ces mots, *est accordée*, semblent désigner un effet présent, un effet qui s'opère au moment où la loi parle.

» Il est vrai que la loi impose plusieurs conditions aux émigrés qui voudront profiter de son bienfait; mais une fois ces conditions remplies de leur part, ne sont-ils pas censés avoir joui du bienfait de la loi, dès le jour où la loi les en a gratifiés? Et n'est ce pas, encore une fois, la conséquence nécessaire de ces expressions, *amnistie est accordée?*

» Ajoutons qu'en fait de condition, il a toujours été de règle d'en faire rétroagir l'accomplissement au jour de la disposition qui les contient. Ainsi, quand la condition suspensive d'un contrat vient à s'accomplir, le contrat a son effet du jour où il a été signé. C'est ce que décident la loi 18, D. *de regulis juris*, et l'art. 1179 du Code civil. Ainsi, lorsqu'arrive la condition suspensive d'une institution testamentaire ou d'un legs, le legs et l'institution ont leur effet du jour où le testateur est censé avoir disposé, c'est-à-dire, du jour de sa mort. Telle est la décision expresse de la loi 69, §. 1, D. *de legatis*, 1° et de la loi 7, D. *manumissis Testamento*.

» Mais peut-on appliquer aux conditions prescrites par les lois, une règle que nous ne trouvons écrite que pour les Testamens et les contrats? Si on le peut en thèse générale, ce que nous croyons inutile d'examiner ici, il est du moins certain qu'on ne le peut pas, lorsque la loi qui prescrit des conditions, prouve, par son propre texte, qu'elle ne veut pas donner à leur accomplissement un effet rétroactif au moment où elle dispose. Or, telle est précisément notre espèce.

» Le sénatus-consulte du 6 floréal an 10 impose, entre autres conditions, aux émigrés qu'il amnistie, celle de rentrer en France avant le 1er vendémiaire an 11, et de renoncer aux *places, titres, décorations, traite-*

mens ou *pensions* qu'ils pourraient avoir *obtenus des puissances étrangères*. Si donc il fallait entendre littéralement ces expressions, *amnistie est accordée*, et si en conséquence, on devait faire rétroagir jusqu'au jour du sénatus-consulte, l'accomplissement des conditions qu'il prescrit, on serait forcé de regarder comme rendu à la vie civile, en France, dès le 6 floréal an 10, un émigré qui n'aurait renoncé que la veille du 1er vendémiaire an 11, aux places, titres, décorations, traitemens ou pensions qu'il tenait d'une puissance étrangère. Mais, de bonne foi, peut-on prêter une pareille intention au sénatus-consulte? Rien n'annonce, dans le sénatus-consulte, le dessein de déroger à l'art. 4 de la constitution de l'an 8, suivant lequel la *qualité de citoyen français se perd par l'acceptation de fonctions ou de pensions offertes par un gouvernement étranger*. On ne peut donc pas supposer que le sénatus-consulte ait voulu que la qualité de citoyen français pût, dans l'intervalle du 6 floréal an 10 au 1er vendémiaire an 11, reposer sur la tête d'un émigré qui, jusqu'à cette dernière époque, conserverait une place ou une pension d'un gouvernement étranger. Il n'est donc pas dans l'intention du sénatus-consulte, que l'accomplissement des conditions sous lesquelles il amnistie les émigrés, rétroagisse jusqu'au jour de sa date. Car si le sénatus-consulte ne le veut pas pour les émigrés qui ont obtenu des places ou des pensions d'une puissance étrangère, il ne le veut pas non plus, il ne peut pas non plus le vouloir, pour ceux qui ne sont point dans le même cas; puisqu'il les comprend tous, par son premier article, dans une disposition commune; puisqu'ils exprime au présent pour les uns comme pour les autres, *amnistie est accordée*; puisque, pour les uns comme pour les autres, il fait dépendre l'amnistie qu'il accorde, des conditions à l'accomplissement desquelles il ne donne pas plus d'effet rétroactif en faveur de ceux-ci qu'en faveur de ceux-là.

» Mais si l'amnistie des émigrés ne remonte pas jusqu'au 6 floréal an 10, ne doit-elle pas du moins remonter jusqu'au jour où, rentrés en France, ils ont fait, devant les commissaires ou préfets désignés par le sénatus-consulte, les déclarations, les sermens et les renonciations qui forment les conditions de la grâce qu'on leur accorde?

» Ce qui pourrait le faire penser ainsi, c'est que, par l'art. 8 du sénatus-consulte, il est dit que, sur le vu du procès-verbal contenant ces déclarations, sermens et renonciations, il leur sera expédié, non des *brevets*, mais des *certificats d'amnistie*. Si la loi se servait du mot *brevet*, on pourrait croire qu'elle considère l'acte ainsi qualifié, comme le titre constitutif de l'amnistie; mais elle emploie le mot *certificat*; et cette expression ne désignant, par elle-même, qu'un acte purement déclaratif, qu'un acte destiné à constater une chose préexistante, paraît supposer que l'amnistie était acquise avant que le certificat en fût expédié.

» Cependant il n'est pas rare de voir le mot *certificat* employé dans un sens qui le rend absolument synonyme *de brevet*; et nous remarquons surtout qu'il l'est souvent avec cette acception dans le langage du conseil d'état, c'est-à-dire, du corps par lequel a été rédigé le projet du sénatus-consulte du 6 floréal an 10. Par exemple, dans un arrêté rendu le 25 pluviôse an 11, sur un conflit d'autorité entre le préfet du département de Maine et Loire et le tribunal de première instance de Baugé, il est dit: *Considérant que le cit. Gigault a retiré, le 22 ventôse an 7, le* CERTIFICAT *de liquidation de sa créance, et que l'acceptation de ce certificat le rend définitivement créancier de l'État.* Que signifient là ces termes, *certificat de liquidation*? Bien sûrement ils y sont synonymes *de brevet de liquidation*; ils y désignent l'acte même de liquidation; ils y désignent ce que l'art. 11 de l'arrêté du Gouvernement, du 3 floréal de la même année, appelle le *titre de liquidation*.

» Il ne serait donc pas étonnant, que, dans l'art. 8 du sénatus-consulte, les mots *certificat d'amnistie*, désignassent le titre, le brevet, l'acte constitutif de l'amnistie même.

» Et la preuve que c'est en ce sens que le sénatus-consulte les emploie, c'est que, dans l'art. 12, il place la *délivrance du certificat d'amnistie*, sur la même ligne que la *radiation* et l'*élimination*. *Les émigrés amnistiés* (y est il dit), *ainsi que ceux qui ont été éliminés ou rayés définitivement depuis l'arrêté des consuls du 28 vendémiaire an 9, seront, pendant dix ans, sous la surveillance spéciale du Gouvernement, à compter du jour de la radiation, élimination ou délivrance du certificat d'amnistie.* Assurément, les émigrés qui ont été éliminés ou rayés de la liste, depuis l'arrêté du 28 vendémiaire an 9, et même depuis la loi du 12 ventôse an 8, n'ont recouvré leurs droits civils que du jour de leur élimination ou radiation; et vous l'avez ainsi jugé formellement, le 28 germinal an 12, au sujet du Testament de Guillaume Maretz. Il en doit donc être de même des émigrés amnistiés, par rapport à leur certificat

d'amnistie; leur certificat d'amnistie n'est donc pas purement déclaratif.

» Une autre preuve de cette vérité résulte de la manière dont les certificats d'amnistie ont été rédigés en exécution du sénatus-consulte. Si les certificats d'amnistie n'étaient que de simples attestations, ils porteraient uniquement qu'un tel a satisfait aux conditions et n'est dans aucun des cas d'exception du sénatus-consulte, et qu'en conséquence, il doit être considéré comme amnistié par le sénatus-consulte même. Mais comme leur objet n'est pas seulement d'attester des faits, comme ils doivent former le titre de l'amnistie à laquelle ces faits donnent droit de prétendre, voici comment ils sont conçus : *Le ministre de la police générale, vu la déclaration faite le..... par un tel, devant tel commissaire; vu pareillement le serment qu'il a fait....; considérant que..., arrête ce qui suit : Amnistie est accordée pour fait d'émigration à....* Nous le disons sans hésiter, ou l'évidence n'est qu'un mot vide de sens, ou il résulte évidemment de cette formule, que l'amnistie ne prend date que du jour de l'expédition du certificat. Et il ne faut pas croire que cette formule soit indifférente pour l'interprétation du sénatus-consulte : nous l'avons déjà dit, le sénatus-consulte a été rédigé par le conseil d'état, et le gouvernement l'a revêtu de son approbation avant de le présenter à la discussion du sénat. C'est donc par les actes émanés du gouvernement pour l'exécution du sénatus-consulte, que l'on peut le mieux apprécier l'esprit de cette loi. C'est donc par la manière dont le gouvernement a fait rédiger les certificats d'amnistie, que l'on peut juger le plus sûrement si ces certificats ne sont que de simples attestations, ou si on ne doit pas plutôt les regarder comme les brevets, comme les titres constitutifs de la réintégration des émigrés dans leurs droits de citoyens.

» Toutes les difficultés ne sont cependant pas encore résolues; et nous avons maintenant à examiner si l'amnistie ne doit pas au moins dater du jour où le certificat en a été signé par le ministre de la police, ou si elle ne doit être reputée acquise que du jour où le ministre de la justice a lui-même signé et délivré ce certificat.

» Déjà nous avons vu que l'art. 12 du sénatus-consulte assimile la délivrance du certificat d'amnistie à la radiation et à l'élimination accordée depuis l'arrêté du Gouvernement, du 28 vendémiaire an 9; et déjà nous en avons conclu que l'amnistie ne doit avoir son effet que du jour de la délivrance du certificat qui la prononce. Mais ce n'est pas tout : l'art. 8 de la même loi est conçu de manière à faire disparaître là-dessus toute espèce de doute. *Les commissaires et préfets* (porte-t-il) *en verront sans délai au ministre de la police, expédition en forme du procès-verbal qu'ils auront dressé (des déclarations, serment et renonciation de chaque émigré rentré). Sur le vu de ce procès-verbal, le ministre* FERA RÉDIGER, *s'il y a lieu, un certificat d'amnistie qu'il enverra au ministre de la justice,* PAR LEQUEL IL SERA SIGNÉ ET DÉLIVRÉ *à l'individu qu'il concerne.* Vous remarquez, messieurs, que, par cet article, le ministre de la police n'est pas chargé de *signer* le certificat d'amnistie, mais seulement de le *faire rédiger*. Que signifient ces mots, *faire rédiger*? Rien autre chose que la préparation matérielle du projet de l'acte qui doit conférer l'amnistie. Et dans le fait, c'est à cette préparation que doit se borner le soin confié par la loi au ministre de la police. Ainsi préparé, ainsi rédigé par les ordres du ministre de la police, l'acte qui doit conférer l'amnistie, n'est encore qu'un squelette inanimé; c'est la signature du ministre de la justice qui peut seule lui donner la vie. Cet acte n'est donc rien, il n'a donc pas d'existence légale, tant que le ministre de la justice ne l'a pas signé. Et il n'importe que, dans l'usage, le ministre de la police le signe avant de l'envoyer au ministre de la justice; il ne le signe pas comme un acte parfait; il ne le signe que comme un projet. il ne le signe que pour attester au ministre de la justice, que c'est lui qui l'a fait rédiger; il ne le signe que pour avertir le ministre de la justice, qu'il peut le signer lui-même sans aucune défiance.

» Donc, le feu sieur Costé n'a pas été amnistié par la signature que le ministre de la police a apposée, le 4 thermidor an 10, à son certificat d'amnistie; donc il n'a été amnistié que par la signature apposée, le 10 du même mois, à ce certificat par le ministre de la justice; donc il n'était pas encore amnistié le 5 thermidor an 10, jour où il a fait son Testament; donc il ne l'était pas encore le 7 du même mois, jour où il est décédé; donc il a testé, donc il est décédé en état d'émigration et par conséquent de mort civile; donc son Testament est nul, et l'arrêt qui l'a déclaré valable, doit être cassé.

» Nous pourrions, d'après cela, nous taire sur les autres moyens de cassation que le sieur Costé fait sortir du dernier motif de cet arrêt. Cependant nous dirons que ces moyens nous paraissent aussi décisifs que celui dont nous venons de vous présenter le développement.

» D'abord, il est difficile d'imaginer comment la cour d'appel de Rouen a pu regarder comme *tardivement employé*, en cause d'appel, l'exception que le sieur Costé tirait, devant elle, de l'arrêté de l'administration du département de la Seine-inférieure, du 22 germinal an 6. L'art. 7 de la loi du 3 brumaire an 2 défend bien de former, en cause d'appel, des demandes que l'on n'a pas proposées devant les premiers juges. Mais une exception n'est pas une demande; et toutes les fois que, par extension de l'art. 7 de la loi du 3 brumaire an 2, les tribunaux d'appel ont repoussé des moyens de défense, sous le prétexte qu'ils n'avaient pas été présentés devant les premiers juges, vous avez cassé leurs arrêts.

» Ensuite, il est vrai que la cour d'appel de Rouen aurait pu, sans contrevenir à aucune loi expresse, appliquer au legs de l'usufruit de la maison de Triquerville, les maximes du droit romain concernant le legs de la chose d'autrui, et décider en conséquence que le sieur Costé fils était tenu de fournir cet usufruit, sinon en nature, du moins en estimation, au sieur Guéroult. Mais outre que c'eût été très-mal juger, outre qu'il eût été à la fois plus équitable et plus conforme aux vrais principes, de ne faire valoir le legs d'usufruit fait au sieur Guéroult, qu'après l'extinction du douaire de la dame Costé, ce n'est point là ce qu'a décidé la cour d'appel de Rouen. La cour d'appel de Rouen n'a rejeté l'exception tirée par le sieur Costé fils, de l'arrêté de l'administration du département de la Seine-Inférieure, du 22 germinal an 6, que sur le seul fondement que cet arrêté n'avait dû avoir son effet que pendant l'émigration du sieur Costé père; que le sieur Costé père étant, par son amnistie, réintégré dans son état de citoyen français et dans ses propriétés, la dame Costé n'avait plus aucun prétexte, surtout étant divorcée et remariée, pour se maintenir dans la jouissance d'un domaine qui n'avait pu lui être adjugé que provisoirement.

» Et il est évident qu'en motivant ainsi son arrêt, et en éludant, par cette manière de le motiver, la question de savoir quel pouvait être l'effet du legs fait au sieur Guéroult, d'un usufruit qui n'appartenait pas, quant à présent, à la succession du testateur, la cour d'appel de Rouen a tout à la fois violé l'art. 16 du sénatus-consulte du 6 floréal an 10, et commis un excès de pouvoir.

» Par ces considérations, nous estimons qu'il y a lieu d'admettre la requête du demandeur ».

Arrêt du 5 nivôse an 13, au rapport de M. Pajon, par lequel,

« En ce qui concerne le premier moyen; attendu qu'il résulte des termes de l'art. 1er du sénatus-consulte du 6 floréal an 10, que l'amnistie dont il est fait mention, est accordée en termes de présent et non pour l'avenir à tout émigré qui, à cette époque, n'aurait pas encore été rayé définitivement; d'où il suit que le sieur Costé de Triquerville ayant satisfait, avant le 4 thermidor de l'an 10, à toutes les obligations qui lui étaient imposées pour jouir du bénéfice de cette loi, ainsi qu'il résulte du certificat qu'en a fait rédiger ledit jour le ministre de la police, avait, au moins dès cet instant, recouvré la plénitude de l'exercice de ses droits civils, encore que le certificat du ministre de la justice n'ait été délivré qu'après sa mort; et qu'en conséquence, il a pu tester valablement le 5 du même mois;

» En ce qui touche le second, attendu qu'il est évident que la condition de survie exigée par l'art. 422 de la coutume de Normandie, déclarée statut réel par l'art. 74 de l'ordonnance de 1735, a été abrogée par l'art. 61 de la loi du 7 nivôse an 2;

» En ce qui touche le troisième, attendu que, s'il a été mal à propos déclaré non-recevable en cause d'appel, il était évidemment mal fondé d'après les motifs énoncés en l'arrêt attaqué;

» La cour rejette le pourvoi.... ».

Deuxième espèce.

Le 28 nivôse an 5, le sieur Quesney, domicilié à Honfleur, épouse la demoiselle Aufresne. Et voici notamment ce que porte le contrat de mariage: « Les futurs époux, de l'avis de » leurs parens, ont réciproquement renoncé » à se bénéficier des successions qui pour- » raient leur être dévolues par la mort de leurs » enfans à naître de leur mariage; leur in- » tention n'étant pas, en ce cas, que les biens » d'une ligne puissent passer dans l'autre ».

Le 8 floréal an 10, le sieur Quesney fait un Testament olographe, par lequel il lègue à son épouse tous ses biens meubles et immeubles, avec pouvoir *de s'en saisir elle-même, sans avoir besoin de s'en faire consentir la délivrance par qui que soit.* Il meurt le 22 du même mois.

Le lendemain, la veuve dépose le Testament chez un notaire; elle en fait aussitôt signifier une expédition aux sieurs Cuvelier et Delasalle, maris des demoiselles Quesney, nièces et seules héritières du testateur; et sans requérir ni scellé ni inventaire, elle se

met d'elle-même en possession de la totalité de la succession.

Le 6 brumaire an 11, les sieurs Cuvelier et Delasalle forment des oppositions entre les mains des fermiers et débiteurs de l'hérédité.

Le 23 et le 28 ventôse suivant, la veuve Quesney les fait assigner au tribunal de première instance de Pont-l'Evêque, pour voir dire que son legs universel sera exécuté; qu'il lui en sera fait délivrance, et que les oppositions formées entre les mains des fermiers et des débiteurs, seront levées.

Les sieurs Cuvelier et Delasalle soutiennent que le Testament doit être annulé, 1° d'après l'édit de mars 1703, concernant l'insinuation, parcequ'il n'a pas été insinué; 2° d'après l'art. 422 de la coutume de Normandie, parceque le testateur n'a pas survécu trois mois à ses dernières dispositions; 3° d'après la loi 5, C. *de legatis*, parceque la légataire s'est mise d'elle-même en possession.

Le 10 pluviôse an 12, jugement qui ordonne qu'il en sera délibéré le 8 ventôse suivant. Et le 8 ventôse, jugement définitif qui déclare le Testament valable, et en ordonne l'exécution. Appel.

La cause portée à l'audience de la cour d'appel de Caen, les sieur Cuvelier et Delasalle concluent d'abord à ce que le jugement de première instance soit déclaré nul, 1° comme contraire à l'art. 7 du tit. 14 de l'ordonnance de 1667, qui porte: *La cause étant plaidée, sera jugée à l'audience, si la matière y est disposée; sinon, les parties seront réglées à mettre dans les trois jours, ou en droit à écrire et produire dans la huitaine, selon la qualité de l'affaire;* 2° comme violant l'art. 108 de la constitution de l'an 3, qui assujétit les tribunaux à insérer dans leurs jugemens le texte des lois qu'ils appliquent.

Au fond, ils reproduisent les moyens de nullité qu'ils ont fait valoir devant les premiers juges, et ils y ajoutent 1° la disposition du contrat de mariage du 28 nivôse an 5, ci-dessus rappelée; 2° des faits de suggestion dont ils offrent la preuve.

Le 3 fructidor an 12, arrêt de la cour d'appel de Caen qui, sans avoir égard aux nullités proposées par les appelans contre le jugement de première instance, le confirme et ordonne qu'il sera exécuté.

Les sieurs Cuvelier et Delasalle se pourvoient en cassation.

« Deux moyens de forme et cinq moyens tirés du fond de la cause (ai-je dit à l'audience de la section des requêtes, le 18 fructidor an 13), voilà ce que le recours des demandeurs présente à votre examen.

» Pour premier moyen de forme, les demandeurs vous disent qu'en refusant d'annuler le jugement du tribunal de première instance, pour avoir statué en conséquence d'un délibéré ordonné vingt-huit jours auparavant, la cour d'appel de Caen a violé l'art. 7 du tit. 15 de l'ordonnance de 1667, l'art. 23 du tit. 2, des lettres-patentes du 18 juin 1769 portant reglement pour l'administration de la justice en Normandie, et l'art. 10 de la loi du 3 brumaire an 2.

» Mais, d'une part, ni l'ordonnance de 1667 ni les lettres-patentes de 1769 n'attachent la peine de nullité à la disposition par laquelle ces lois veulent que les affaires d'audience mises au délibéré, soient jugées dans les trois jours au plus tard du jugement qui l'ordonnera. Il faut donc, comme l'a très-bien observé la cour d'appel, *regarder cette disposition plutôt comme une sorte d'avertissement donné aux juges pour hâter l'expédition des affaires, que comme une règle qu'ils ne puissent enfreindre sous peine de nullité de leurs jugemens;* et cette conséquence est parfaitement justifiée par l'art. 3 de la loi du 4 germinal an 2, qui ne permet de casser les jugemens pour violation des formes déterminées par les lois antérieures à 1789, que lorsque ces formes sont prescrites sous peine de nullité.

» D'un autre côté, l'art. 13 de la loi du 3 brumaire an 2 dit bien que les deliberés seront prononcés à l'audience, aussitôt qu'ils auront été arrêtés dans la chambre du conseil; mais il n'exige pas qu'on les vide dans la chambre du conseil le même jour qu'ils ont été ordonnés. Et, sur ce fondement, vous avez, par deux arrêts rendus les 1er nivôse an 9 et 2 ventôse an 10, au rapport de MM. Barris et Lombard, et sur nos conclusions, rejeté les demandes de David Hadamar et de la commune du Mesnil-Latour en cassation de jugemens qui avaient vidé, l'un à l'audience du 18 messidor an 8, un délibéré ordonné à celle du 2 du même mois; l'autre à l'audience du 4 messidor an 9, un delibere ordonné à celle du 2.

» Quant à l'arrêt du 13 vendémiaire an 4, que les demandeurs vous citent comme ayant jugé le contraire, nous en avons vérifié l'espece, et nous nous sommes assuré qu'il était absolument étranger à la question actuelle. Il s'y agissait d'un jugement du tribunal du district de Quimper, du 27 frimaire an 3, qui avait été rendu d'après un rapport, sans qu'aucun jugement préalable eut nommé le rapporteur, et d'après un délibéré qui avait suivi ce rapport, et à l'issue duquel les juges avaient prononcé le résultat de leur délibéra-

tion arrêtée dans la chambre du conseil. La cour a cassé ce jugement, et avec raison : car, il était doublement en contravention à l'art. 10 de la loi du 3 brumaire an 2, qui veut que les rapporteurs soient nommés par jugement, et qui, alors, obligeait les juges d'opiner publiquement à l'audience, même après s'être retirés dans la chambre du conseil, pour l'examen des pièces. Mais qu'a de commun cette espèce avec celle qui vous occupe actuellement?

» Le second moyen des demandeurs n'est pas mieux fondé. L'art. 15 du tit. 5 de la loi du 24 août 1790 veut, à la vérité, que les jugemens contiennent les motifs qui ont déterminé les juges : mais le jugement du tribunal de première instance de Pont-l'Évêque n'est-il pas motivé? Et dès-lors, quel reproche a-t-on à lui faire de ce chef?

» A la vérité, l'art. 208 de la constitution de l'an 3 voulait que les jugemens continssent le texte des lois dont les juges faisaient l'application, et le tribunal de Pont-l'Évêque a négligé cette forme. Mais cette forme était-elle encore obligatoire en l'an 11? Il est évident que non, et c'est ce que la cour a jugé plusieurs fois.

» La cour d'appel de Caen n'a donc violé aucune loi *irritante*, en ne déclarant pas nul le jugement du tribunal de première instance. Voyons si, en le confirmant au fond, elle a, comme on le prétend, contrevenu à l'art. 422 de la coutume de Normandie, à l'édit de mars 1703, à la loi 5, C. *de legatis*, à ce qu'on appelle le *pacte de famille*, et à l'art. 47 de l'ordonnance de 1735.

» L'art. 422 de la coutume de Normandie porte, comme vous le savez, qu'*un homme n'ayant enfans, peut disposer, par Testament ou donation à cause de mort, du tiers de ses acquêts et conquets immeubles, à qui bon lui semble, autre toutefois qu'à sa femme et parens d'icelle, pourvu que le Testament ou donation fut fait trois mois avant le décès*....

» Si cet article était encore en vigueur à l'époque du décès de l'auteur du Testament dont il est ici question, point de doute que ce Testament ne fût nul. Car 1° il ne donne pas seulement le tiers des acquêts et conquêts immeubles, il donne toute la fortune mobilière et immobilière du testateur. 2° C'est à la femme du testateur même que cette donation est faite. 3° Le testateur n'a pas survécu trois mois à sa disposition.

» Mais d'abord les demandeurs reconnaissent eux-mêmes que le Testament ne peut pas être annulé, soit parcequ'il donne à la femme, soit parcequ'il dispose de plus du tiers des acquêts et conquêts immeubles; et en effet, l'art. 14 de la loi du 17 nivôse an 2, et l'art. 6 de la loi du 4 germinal an 8 permettaient au sieur Quesney de donner tous ses biens indirectement à son épouse.

» Ensuite, l'art. 61 de la loi du 17 nivôse an 2 n'avait-il pas abrogé la partie de l'art. 422 de la coutume de Normandie, qui exigeait, quant aux immeubles, pour la validité des donations à cause de mort, que les testateurs survécussent trois mois à la date de leur Testament?

Cette question s'est présentée à votre audience du 5 nivôse dernier. Le sieur Coste-Triquerville demandait la cassation d'un arrêt de la cour d'appel de Rouen, qui avait ordonné l'exécution du Testament de son père, daté du 5 thermidor an 10, avant veille de sa mort. Il invoquait, comme les sieurs Cuvelier et Delasalle, l'art. 422 de la coutume de Normandie; et il soutenait que cet article avait été violé par l'arrêt qu'il attaquait.

» Permettez-nous de remettre sous vos yeux la réponse que nous avons faite à ce moyen.... (1). Telles ont été nos observations sur cette partie des moyens du sieur Coste-Triquerville; et vous les avez adoptées, messieurs, en rejetant sa demande, *attendu qu'il est evident que la condition de survie exigée par l'art. 422 de la coutume de Normandie, déclarée statut réel par l'art. 74 de l'ordonnance de 1735, a été abrogée par l'art. 61 de la loi du 17 nivôse an 2.*

» Précédemment, et dès le 2 pluviôse an 8, vous aviez jugé la même chose dans une coutume qui contenait, sur les Testamens, une disposition analogue à celle de l'art. 422 de la coutume de Normandie.

» En 1758, Rene-Henri Decaulx et Marie-Anne-Félicité Bouin s'étaient mariés à Chemilly, dans la ci-devant Touraine, et avaient adopté la coutume de cette province pour règle de leur communauté, *dérogeant à toute autre dans laquelle ils pourraient établir leur domicile.* Par une autre clause de leur contrat de mariage, ils avaient mis chacun 30,000 livres dans la communauté; et ils avaient stipulé que le surplus de leurs biens meubles et immeubles, présens et à venir, tiendrait *à chacun* d'eux *nature de propres et à leurs héritiers de leur côté et ligne, à tous effets et dispositions.* Les époux avaient ensuite transféré leur domicile dans la coutume d'Anjou.

» Le 27 thermidor an 5, la dame Decaulx se trouvant atteinte, à Chemilly, dans le lieu même où elle s'était mariée et où étaient situés tous

(1) *V.* le plaidoyer précédent.

ses immeubles, d'une maladie qui la conduisit le lendemain au tombeau, y fit un Testament par lequel elle institua son mari légataire universel de tous ses biens indistinctement.

» Ce Testament fut attaqué par Fortuné Bouin, frère et unique héritier de la dame Decaulx, sur le fondement entre autres, qu'aux termes de la coutume de Touraine, le mari et la femme peuvent bien disposer au profit l'un de l'autre, par Testament, mais seulement sous cette condition : *pourvu toutefois que ledit donateur soit en santé, ou, étant malade, il ne décède de la maladie en laquelle il serait.*

» Un jugement en dernier ressort du tribunal civil de Loir-et-Cher ayant déclaré ce Testament valable, Fortuné Bouin s'est pourvu en cassation, et a fort judicieusement remarqué que la circonstance du domicile de la testatrice dans la coutume d'Anjou, était indifférente à la cause; que l'art. 243 de la coutume de Touraine formait un statut réel; qu'ainsi, il suffisait que les biens de la dame Decaulx fussent régis par cette dernière coutume, pour que son Testament eût dû être annulé, si, par l'art. 61 de la loi du 17 nivôse an 2, l'art. 243 de cette dernière coutume n'avait pas été abrogé.

» Toute la discussion s'est donc portée sur le point de savoir si l'art. 61 de la loi du 17 nivôse an 2 avait abrogé ou non les dispositions des coutumes relatives à la survie des testateurs, pendant un temps plus ou moins long, aux actes contenant l'expression de leurs dernières volontés.

» Et par arrêt du 2 pluviôse an 8, *considérant que le jugement attaqué ne présentait aucune contravention formelle à la loi du 17 nivôse an 2*, vous avez rejeté le recours en cassation de Fortuné Bouin.

» Des arrêts aussi formels sembleraient devoir fermer la bouche aux demandeurs; cependant ils insistent encore, et sentant bien que le nœud de l'affaire est tout entier dans l'art. 74 de l'ordonnance de 1735, ils cherchent à prouver que cet article ne dit pas ce qu'il paraît dire à la première vue.

» Suivant eux, l'art. 422 de la coutume de Normandie contient deux espèces de statuts: un statut réel, quant à la qualité et à la quotité des biens dont il permet la disposition; un statut personnel, quant à l'existence future du testateur; et l'art. 74 de l'ordonnance de 1735 ne déclare réel que le premier de ces statuts; il laisse l'autre dans sa personnalité.

» Nous ne pouvons pas deviner si les demandeurs s'entendent bien eux-mêmes, mais il est de notre devoir de convenir franchement que nous ne les entendons pas.

» Qu'est-ce qu'un statut personnel, qu'est-ce qu'un statut réel?

» Le statut personnel est celui qui détermine l'état et la condition de la personne, ou qui, en conséquence de l'état et de la condition de la personne, lui permet ou lui défend certains actes. Ce statut suit partout la personne, et partout influe sur ses biens, en quelque lieu qu'ils soient situés. Ainsi, le Français, déclaré majeur à vingt-et-un ans par la loi de son domicile, peut, comme tel, aliéner les biens qu'il possède en Allemagne, où la loi fixe la majorité à l'âge de vingt-cinq ans; et réciproquement, un particulier de vingt-et-un ans, domicilié en Allemagne, où il est encore mineur, ne peut pas aliéner les biens qu'il possède en France, où il serait majeur s'il y avait son domicile. Ainsi, la femme mariée que la loi de son domicile déclare incapable de tester sans l'autorisation de son mari, ne peut pas sans cette autorisation, disposer par Testament des biens qu'elle possède sous l'empire d'une loi où la femme mariée peut tester aussi librement qu'une fille ou une veuve; et réciproquement, la femme mariée qui, par la loi de son domicile, n'a pas besoin d'autorisation pour tester, peut le faire à l'égard des biens qu'elle possède sous l'empire d'une loi où cette formalité est indispensable.

» Le statut réel est celui qui, ou ne dispose que des biens, sans avoir égard à l'état du possesseur, ou défend une disposition particulière d'immeuble à un homme capable par état, ou la permet à un homme que son état en rend incapable; et ce statut est toujours renfermé dans son territoire. Ainsi, la loi qui détermine la nature d'un bien, qui le déclare noble ou roturier, allodial ou asservi, propre ou acquêt, n'agit et ne peut agir que sur les biens situés dans son enceinte. Ainsi, la loi qui défend à deux époux majeurs de s'avantager, la loi qui défend à un propriétaire libre de disposer de ses biens à titre gratuit au-delà d'une certaine quotité, ces deux lois n'ont d'effet que sur les immeubles qu'elles régissent, quel que soit d'ailleurs le domicile de ceux à qui ces immeubles appartiennent. Ainsi, la loi qui permet à un mineur parvenu à sa seizième année, de disposer par Testament d'une portion de sa fortune, n'exerce son empire que sur les biens qui y sont soumis par leur situation; mais elle l'exerce, même en faveur des mineurs âgés de seize ans, qui sont domiciliés dans des pays où l'âge de tester est reculé jusqu'à dix-huit et vingt ans.

» En partant de ces principes qu'il nous serait facile de justifier par les autorités les plus

précises (1), mais qui sont trop connus pour avoir besoin de développemens, dans quelle classe devons-nous placer les deux restrictions que met l'art. 422 de la coutume de Normandie à la faculté de disposer par Testament, c'est-à-dire, et la disposition de cet article qui limite la disponibilité testamentaire au tiers des acquêts et conquêts immeubles, et la disposition du même texte qui annulle tout Testament à la date duquel son auteur n'a pas survécu trois mois ?

» Bien évidemment, la première de ces dispositions forme un statut réel, et les demandeurs en conviennent eux-mêmes. Mais pourquoi est-il réel, le statut qui résulte de cette disposition? C'est sans contredit parcequ'il n'est en relation directe, ni avec la minorité, ni avec aucune des manières d'être qui constituent l'état d'une personne; c'est parcequ'on ne peut, sous aucun rapport, le considérer comme un corollaire de cet état, mais seulement comme une exception à la capacité générale que cet état attribue ou suppose au testateur.

» Or, cette raison ne s'applique-t-elle pas à la seconde disposition de l'art. 422, avec la même justesse qu'à la première? Et dès-là, où serait le prétexte de regarder cette seconde disposition comme un statut personnel?

« Enfin, quelle est, dans l'art. 422, la disposition que l'ordonnance de 1735 déclare former un statut réel? Est-ce celle qui restreint la faculté de tester au tiers des acquêts et conquêts immeubles? Non : la réalité de ce statut était trop évidente, pour qu'elle pût être révoquée en doute. C'est donc celle qui subordonne l'exécution du Testament à la survie du testateur pendant trois mois. Et non-seulement le bon sens veut qu'on entende ainsi l'ordonnance, mais il n'est même pas possible, d'après la manière dont elle s'exprime, de l'entendre autrement. *L'art. 422 de la coutume de Normandie, qui exige* (dit-elle) *la survie de trois mois, pour la validité des Testamens, concernant les biens d'une certaine nature, sera regardé comme un statut réel; et en conséquence, ledit article aura son plein et entier effet pour les biens de ladite nature situés dans les lieux régis par ladite coutume; et n'en aura aucun pour les biens étant en d'autres pays; le tout, en quelque lieu que celui qui aura fait la disposition, ait son domicile, ou qu'il ait disposé.*

» Les demandeurs s'élèvent donc contre le texte littéral de l'ordonnance de 1735, lorsqu'ils soutiennent qu'on ne doit voir, dans la condition de survie exigée par l'art. 422 de la coutume de Normandie, qu'un statut personnel. Il reste donc que ce statut est réel, qu'il n'est relatif qu'à la disponibilité des biens, qu'il est étranger à la capacité d'état autant qu'à la forme extérieure de la disposition, et que par conséquent il est compris dans l'abolition prononcée par l'art. 61 de la loi du 17 nivôse an 2.

» Mais si l'arrêt attaqué par les demandeurs ne viole pas l'art. 422 de la coutume de Normandie, s'il ne peut pas même le violer, puisque cet article n'existe plus, ne contrevient-il pas du moins à l'édit du mois de mars 1703, concernant l'insinuation? Pas davantage, et la chose est aisée à sentir.

» On distinguait, sous l'ancien régime, deux sortes d'insinuations : l'insinuation de forme et l'insinuation bursale. L'insinuation de forme n'était requise que pour les donations entre-vifs; l'insinuation bursale l'était pour les dispositions à cause de mort, mais elle ne l'était pas à peine de nullité; et c'est ce qui a été jugé bien formellement dans cette espèce :

» Un arrêt du parlement de Paris, du 23 janvier 1755, rendu sur les conclusions de M. l'avocat-général d'Ormesson, avait confirmé le Testament de la dame Debrun, et l'exhérédation prononcée par cet acte contre la fille de la testatrice. La demoiselle Debrun s'est pourvue en cassation; et, entre autres moyens, elle a dit que le Testament n'était ni insinué ni controlé lors de l'arrêt; que, d'après la défense portée par l'édit de mars 1703 et la déclaration de juillet 1704, un pareil défaut devait entraîner la ruine de toute la procédure, et que, par conséquent, l'arrêt ne pouvait pas échapper à la cassation. Mais on a répondu que ces lois étaient bursales, qu'elles ne concernaient que l'intérêt du fermier, qui ne réclamait pas, et qui même avait été satisfait; que d'ailleurs elles ne contenaient pas de clause irritante; et que, dans cette matière, on ne pouvait ni étendre ni suppléer les peines. Par arrêt du 12 avril 1756, le conseil a rejeté la requête.

» Et si l'on jugeait ainsi sous l'ancien régime, à combien plus forte raison n'a-t-on pas dû juger de même relativement à une disposition testamentaire qui n'a été faite et dont l'auteur n'est mort qu'en l'an 10? Car enfin, en l'an 10, l'insinuation bursale n'existait plus, elle avait été abolie par l'art. 1er de la loi du 5-19 décembre 1790, qui n'avait conservé que l'insinuation de forme pour les donations entre-vifs; et elle avait été, dès-lors, remplacée par la formalité de l'enregistrement, formalité qui vraisemblablement était remplie à

(1) *V.* ci-dessus, sect. 1, §. 5.

l'époque où a été rendu l'arrêt de la cour d'appel de Caen, et dont au surplus l'omission n'emporte jamais nullité.

» Passons au cinquième moyen des demandeurs : il est tiré, comme vous l'avez vu, de la loi 5, C. *de legatis*, de laquelle, suivant eux, il résulte que le Testament du sieur Quesney devait être déclaré caduc, parceque la légataire universelle s'était saisie elle-même de son legs, tandis qu'elle eût dû leur en demander la délivrance.

» Est-il donc vrai que, par la loi citée, le légataire soit déchu de son legs, lorsqu'il en prend possession, sans en avoir obtenu la délivrance, soit de l'héritier, soit de la justice ? Décius, dans ses conseils 243 et 438, et Basnage, sur l'art. 430 de la coutume de Normandie, soutiennent l'affirmative, et ils se fondent sur les termes mêmes de la loi : *Non est dubium*, porte-t-elle, *denegari actionem legatorum ei pro portione competenti in his rebus quas substraxisse eum de hereditate apparuerit.* Rebuffe, dans la préface de son Commentaire sur les ordonnances, glose 5, attribue la même décision à ce texte; mais il ajoute qu'on ne la suit pas en France, par la raison que toutes les actions pénales du droit romain sont généralement regardées comme abolies.

» C'en serait déjà assez pour écarter le moyen de cassation que les demandeurs fondent sur cette loi. Mais il y a plus, et nous devons dire que ni Décius, ni Basnage, ni Rebuffe n'ont bien saisi l'esprit des lois romaines sur cette matière.

» Le titre du Digeste *quod legatorum*, prouve très-clairement que le défaut de demande en délivrance n'a jamais été puni aussi sévèrement que ces trois auteurs voudraient le faire croire. Nous y voyons que, quand un légataire s'était mis de lui-même en possession, sans délivrance préalable, tout ce que l'héritier pouvait demander, c'était d'être ressaisi de la chose léguée, à la charge de la délivrer ensuite lui-même; que le préteur lui donnait à cette fin un interdit ou action possessoire, appelée *quod legatorum*; et que, pour être admis à l'exercice de cette action, l'héritier devait donner au légataire caution de lui faire, en temps et lieu, la tradition de la chose dont il s'agissait : *Redigit igitur (prætor) ad heredes per hoc interdictum ea quod legatorum nomine possidentur, ut perindè legatarii possint eum convenire.* Ce sont les termes de la loi 1, §. 2, D. *quod legatorum*. La loi 2. §. 4, du même titre, ajoute : *Non competit interdictum nisi satisdatum sit.* Voilà certainement des preuves bien claires que le droit romain ne punissait point par la privation du legs, la voie de fait du légataire qui prenait possession de son autorité privée.

» La loi 5, C. *de legatis*, n'est pas contraire à ce que nous avançons. D'abord, elle n'a pour objet, ni des légataires de corps certains, ni des légataires de la totalité des biens du testateur; elle ne parle que de ceux à qui le testateur a laissé une quote de ses biens. C'est ainsi que l'explique Cujas, et c'est ce que font entendre les mots, *pro portione competenti*. D'un autre côté, sa disposition ne tombe pas précisément sur la prise de possession par voie de fait, mais sur le recélé que le légataire a commis en soustrayant certains effets de la succession, et en se les appropriant en entier, au lieu de n'y prendre que la part qui lui est léguée. Ce n'est donc pas le défaut de demande en délivrance, mais le vol d'une chose non léguée, que cette loi punit par la déchéance du legs. C'est ainsi que, par la loi 6, D. *de his quæ ut indignis*, l'héritier est privé de la quarte falcidie dans les effets qu'il a soustraits, pour diminuer, jusqu'à cette concurrence, le legs dont le défunt l'a chargé.

» La disposition de la loi 5, C. *de legatis*, est donc particulière aux recelés faits par les légataires de quotité; et loin qu'avant la publication du Code civil, elle fût abrogée dans nos mœurs, comme le prétendait Rebuffe, nous trouvons dans Basnage, art. 430, deux arrêts du parlement de Rouen, des 13 juillet 1660 et 7 mars 1679, qui l'ont adoptée formellement; mais aussi elle n'a aucun rapport à notre espèce; et prétendre qu'elle ait été violée par l'arrêt attaqué, c'est vraiment un paradoxe.

» Dira-t-on que du moins la veuve Quesney aurait dû être privée des fruits et des intérêts des objets compris dans son legs universel, jusqu'au jour de sa demande judiciaire en délivrance ?

» Mais 1° les demandeurs n'ont pris à cet égard aucune espèce de conclusions, soit devant les premiers juges, soit en cause d'appel; et actuellement même ils n'élèvent là-dessus aucune réclamation.

» 2° Des auteurs du plus grand poids, notamment Masuer, Guy-Pape, Coquille, Basnage, Grotius et Voët, enseignent que le légataire peut prendre possession de son autorité privée, lorsque, comme dans notre espèce, le testateur lui en a expressément donné la permission. C'est même ce qui a été jugé par un arrêt du parlement de Grenoble, de l'an 1461, rapporté dans le recueil de Papon; Automne dit qu'il en a été rendu plusieurs

semblables au parlement de Bordeaux : et quoique cette opinion ait été contredite par Ricard, il suffit qu'elle se trouve adoptée par le Code civil, art. 1015, et qu'elle ne soit en opposition avec aucune loi antérieure, pour que la cour d'appel de Caen ait pu s'y conformer, sans exposer son arrêt à la cassation.

» Le sixième moyen des demandeurs est puisé, comme vous l'avez vu, dans le contrat de mariage du sieur Quesney avec la demoiselle Aufresne. Par cet acte, dit-on, les futurs époux avaient renoncé, de l'avis de leurs parens, à la faculté de se donner l'un à l'autre leurs propres respectifs. La cour d'appel de Caen a donc violé le pacte de famille, en ordonnant l'exécution d'un Testament par lequel tous les propres du sieur Quesney sont légués à son épouse.

» Nous n'examinerons pas si, surtout depuis le 17 nivôse an 2, des époux peuvent, par leur contrat de mariage, renoncer à l'exercice de la faculté qu'ils tiennent de la loi de s'avantager (1). Mais nous dirons qu'il n'existe point de renonciation pareille dans le contrat de mariage des sieur et dame Quesney.

» En effet, par la clause dont se prévalent les demandeurs, les sieur et dame Quesney n'ont renoncé respectivement qu'au droit de succéder *ab intestat* aux enfans qui pourraient naître de leur union ; ils n'ont fait qu'ôter au survivant d'eux le droit de devenir héritier *ab intestat* du premier mourant, par l'intermédiaire de leurs enfans qui viendraient à mourir après celui-ci et avant celui-là. Ils ne se sont donc pas ôté à eux-mêmes la faculté de se faire telles donations qu'ils jugeraient à propos.

» C'est ainsi qu'avant la loi du 17 nivôse an 2, on jugeait constamment que les stipulations de propres par contrat de mariage, n'empêchaient pas l'époux à qui appartenaient les deniers réalisés par cette voie, d'en disposer au profit de son époux.

» Anne Neveu, mineure (dit Renusson, *Traité des Propres*, chap. 6, sect. 9), avait été mariée à Raoul Gaidurne ; et par le contrat de mariage, il avait été convenu que les deniers qui lui étaient dus, procédant du reliquat du compte de tutelle qui lui avait été rendu par son tuteur, demeureraient entre les mains du tuteur jusqu'à ce qu'on eût trouvé des héritages à acheter, qui lui tiendraient nature de propres ; et il fut jugé par arrêt du 9 juillet 1618, que le reliquat du compte était compris dans le legs des meubles et acquêts fait par la femme au profit de son mari.

» Anne des Tureaux, par son contrat de mariage avec Antoine Marquet, avait stipulé que tous les meubles et effets des successions encore indivises de ses père et mère, à l'exception de 1,000 livres qui entreraient en communauté, lui seraient *propres à elle et aux siens de son côté et ligne, et qu'à cet effet emploi en serait fait en acquêts, sans qu'à défaut d'emploi, la nature desdits meubles fût changée, ni que l'action pût être réputée mobilière.* Anne des Tureaux mourut la première, laissant un Testament qui donnait à son mari tous ses meubles, tous ses acquêts et conquêts immeubles, et le *tiers de ses propres*, conformément à la coutume de Poitou, loi municipale des parties et de leurs biens. Alors s'éleva la question de savoir si, dans ce legs, étaient compris indistinctement tous les meubles de la testatrice, ou si, comme le prétendait l'héritier, il n'en devait comprendre que le tiers. Par arrêt du 27 août 1695, rapporté au *Journal des Audiences*, tous les meubles furent adjugés au mari ; *Et par-là* (dit le rédacteur de ce recueil) *on a décidé que cette stipulation de propre à la future épouse et aux siens de son côté et ligne, ne formait qu'un propre fictif ; que cette fiction ne changeait point la nature des meubles et effets mobiliers à l'égard de la femme, pour l'interdire et lui ôter la liberté d'en disposer entre-vifs ou par Testament, suivant qu'il est permis par la loi et par la coutume.*

» Serieux, dans ses Notes sur Renusson, nous fournit un troisième arrêt du 29 décembre 1739, qui juge pareillement, que, *quoique l'action de remploi, stipulée propre à la femme et aux siens de son côté et ligne, soit immobilière à l'égard du mari, cela n'a lieu qu'à l'effet d'empêcher le mari de recueillir cet objet dans la succession mobilière de ses enfans ; mais n'opère pas une réserve coutumière au profit des héritiers de la femme, dans le cas où elle en a disposé par Testament au profit de son mari, dans les coutumes qui le permettent.*

» Ces trois arrêts ont été rendus au parlement de Paris.

» Rodemburg, dans son Traité *de jure conjugum*, en rapporte deux rendus au conseil souverain d'Utrecht, l'un en révision, l'autre le 23 mai 1627, qui jugent également que deux époux peuvent se donner les biens dont ils ont, par leur contrat de mariage, stipulé le retour à leurs héritiers respectifs.

» Il existe deux arrêts semblables du parlement de Douay.

» Toussaint Delplanque avait été institué par son épouse, légataire universel des biens

(1) *V.* l'article *Renonciation*, §. 1, n° 3.

qu'elle tenait de ses père et mère, et dont ceux-ci, en la mariant, avaient stipulé le retour à leur côté et ligne, en cas qu'elle vînt à mourir sans enfans. Les héritiers collatéraux prétendaient que cette stipulation emportait à leur profit une substitution fideicommissaire. Mais l'arrêt cité a proscrit cette prétention.

» Par le contrat de mariage du sieur Delahowarderie et de la demoiselle Raoult, la mère de celle-ci lui avait constitué une dot de 25,000 livres, et avait stipulé que, si sa fille mourait la première, le mari serait tenu de rendre à ses héritiers tout son apport et tous les biens qui pourraient lui échoir pendant le mariage. Cette clause n'empêcha point la dame Delahowarderie de disposer par Testament en faveur de son mari, de sa dot et de ses propres. Mais cet acte fut attaqué après sa mort. On prétendit que le retour stipulé dans le contrat de mariage, lui avait lié les mains, et formait un obstacle invincible à l'exécution des avantages qu'elle avait faits à son mari. Et effectivement il intervint à la gouvernance de Douay, le 27 mars 1771, une sentence qui déclara le Testament nul. Mais par arrêt rendu en révision, chambres assemblées, le 21 janvier 1776, cette sentence fut infirmée et le Testament déclaré valable.

» C'est ce que vous avez vous mêmes jugé le 2 ventôse an 8, dans l'affaire relative au Testament de la dame Decaulx, dont nous avons déjà eu l'honneur de vous parler. Dans cette espèce, Fortuné Bouin employait contre les dernières volontés qu'il attaquait, la clause du contrat de mariage de sa sœur, qui stipulait propres *à elle et à ses héritiers du côté et ligne, à tous effets et dispositions*, tous ses biens présens et à venir, moins 30,000 livres qu'elle avait mises en communauté. Il prétendait que, par cette clause, la dame Decaulx avait été réduite à l'impuissance de disposer au-delà du tiers auquel la coutume de Touraine limitait, pour les époux, la faculté de se donner leurs propres. Et il ajoutait que la loi du 17 nivôse an 2 n'avait apporté, en cela, aucun changement aux règles de disponibilité de la coutume. Mais par l'arrêt cité, vous avez rejeté le recours en cassation de Fortuné Bouin, *Attendu*, avez-vous dit, *que le jugement attaqué ne présente aucune contravention formelle à la loi du 17 nivôse an 2.*

» Il serait inutile d'accumuler un plus grand nombre d'autorités à l'appui d'un principe qui depuis long temps n'a plus de contradicteurs; et il est clair, plus clair que le jour, que la clause du contrat de mariage des sieur et dame Quesney, sur laquelle les demandeurs fondent leur sixième moyen de cassation, n'a pas privé le sieur Quesney de la faculté qu'il tenait de la loi du 17 nivôse an 2, de donner tous ses biens à son épouse.

» A l'égard de leur septième moyen, qui consiste à dire qu'en rejetant leurs faits de suggestion, la cour d'appel de Caen a violé l'art. 47 de l'ordonnance de 1735, nous nous bornerons à vous rappeler les motifs de cette partie de l'arrêt attaqué.

» Ces motifs sont *que la jurisprudence constante et générale est de ne point admettre la preuve de faits de suggestion et de captation contre un Testament olographe, et que celui dont il est question, est de cette nature; que, si quelques arrêts paraissent avoir dérogé à cette règle, c'était dans des cas extraordinaires et lorsque les faits étaient, avec les circonstances, de nature à ne guère permettre de disposer; qu'en effet, le testateur n'aurait pas agi librement; que l'espèce particulière de la cause n'offre pas de circonstances pareilles; et que les faits qui sont allégués, à cet égard, en cause d'appel, ne sont pas assez forts ni assez concluans pour déroger à la jurisprudence, et qu'ainsi, la preuve qui en est offerte, doit être rejetée.*

» La cour d'appel n'a donc pas jugé, comme on le lui reproche, que les Testamens olographes ne sont pas compris dans la disposition de l'art. 47 de l'ordonnance de 1735; mais que les faits de suggestion articulés contre un Testament olographe, doivent être plus graves, plus fortement prononcés, que s'il était question d'un Testament solennel; et assurément en jugeant ainsi, elle n'a pas violé la disposition de l'ordonnance, elle a seulement usé du pouvoir que cette disposition elle-même lui laissait d'apprécier le caractère des faits de suggestion dont on offrait la preuve.

» Par ces considérations, nous estimons qu'il y a lieu de rejeter la requête des demandeurs ».

Par arrêt du 18 fructidor an 13, au rapport de M. Pajon,

« Attendu 1° que l'article cité de l'ordonnance de 1667 n'oblige point les juges à prononcer nécessairement et sous peine de nullité, dans les trois jours, les jugemens des affaires sur lesquelles ils ont ordonné qu'il en serait délibéré;

» 2°. Que les lois citées ni aucune autre du nouvel ordre judiciaire n'exigent, en matière civile, la transcription du texte de la loi qui a servi de motif aux jugemens ou arrêts attaqués;

» 3°. Qu'il résulte évidemment du texte de l'art. 61 de la loi du 17 nivôse an 2, comparé avec l'art. 74 de l'ordonnance de 1735, que la

condition de survie de trois mois exigée par l'art. 422 de la coutume de Normandie, était abrogée lors du décès du testateur;

» 4°. Que la disposition de l'édit de 1703, relative à l'insinuation des Testamens, n'étant que bursale, son exécution n'a jamais entraîné la nullité de ces actes;

»5°. Qu'aucune loi romaine ni française n'a jamais prononcé la nullité d'un legs, par la raison que le légataire se serait emparé de la chose léguée et surtout dans le cas d'un legs universel, et lorsque le légataire y a été autorisé par une clause expresse du Testament;

»6°. Que la clause du contrat de mariage dont argumentent les demandeurs, n'ayant eu pour objet que le cas où il proviendrait des enfans de ce mariage, et en leur faveur, le testateur n'y a point contrevenu, puisqu'il est décédé sans postérité;

» 7°. Enfin, qu'aucune loi ancienne ni moderne n'astreint les juges à admettre les faits de suggestion et de captation, qu'autant qu'ils les trouvent pertinens et admissibles; d'où il suit que la cour d'appel n'ayant pas regardé comme tels ceux qui lui ont été allégués, il ne peut résulter aucune ouverture de cassation contre ce chef de son arrêt;

» La cour, par ces motifs, rejette le pourvoi. . . .».

Section. IV. *De l'empêchement de tester.*

Cette matière nous présente trois questions à examiner:

1°. Quels étaient, dans le droit romain et dans l'ancien droit français, le caractère et les effets de l'empêchement de tester?

2°. Le Code civil change-t-il quelque chose à l'ancienne législation sur cette matière?

3°. Y a-t-il empêchement de tester, par cela seul qu'un héritier présomptif dit à un mourant, qui se dispose à faire un Testament, que cela est inutile, et qu'il s'engage à remplir ses dernières volontés, comme si elles étaient écrites dans une forme légale?

§. I. *Quels étaient, dans le droit romain et dans l'ancien droit français, le caractère et les effets de l'empêchement de tester?*

I. Il y avait empêchement de tester, suivant les lois romaines, toutes les fois qu'une personne étant bien déterminée à faire un Testament, elle en était empêchée par violence ou par dol. *V.* le plaidoyer du 18 janvier 1813, rapporté, ci-après, §. 3.

Il en était de la preuve des faits constitutifs de l'empêchement de tester, comme de celle des faits constitutifs de la suggestion. Elle devait être admise toutes les fois que les faits étaient pertinens, graves et précis; elle devait être refusée dans tout autre cas. *V.* Maynard, liv. 8, chap. 74; Peregrinus, *de juri fisci*, liv. 2, tit. 6, n°. 21, et de Cormis, tome 1, centur. 7, page 1556.

II. Ni l'art. 54 de l'ordonnance de Moulins, ni l'art. 2 du tit. 20 de l'ordonnance de 1667, ne faisaient obstacle à ce que cette preuve se fît par témoins, même sans commencement de preuve par écrit. *V.* l'article *Suggestion*, §. 1; et Furgole, *Traité des Testamens*, chap. 6, sect. 3, n°. 107.

III. Dans le droit romain, lorsque l'empêchement de tester était prouvé, celui qui en était jugé l'auteur ou le complice, était déclaré indigne de succéder au défunt; et cette règle s'appliquait à l'héritier *ab intestat*, qui empêchait de tester une première fois à son préjudice, comme à l'héritier institué qui empêchait le testateur de révoquer le Testament qu'il avait précédemment fait en sa faveur. C'est ce qui résulte de la loi 1, §. 1 et 2, et de la loi 2, D., ainsi que de la loi 2, C., *si quis aliquem testari prohibuerit.*

Mais, dans ce cas, la succession était déférée au fisc. C'est ce que nous apprennent la loi 2, §. 2, D. *si quis aliquem testari prohibuerit*; la loi 19, D. *de his quæ ut indignis*, et la loi 3, §. dernier, D. *ad senatus-consultum trebellianum.*

IV. Dans notre ancien droit français, l'héritier *ab intestat* ou institué était également déclaré indigne de la succession du défunt; mais ce n'était plus le fisc qui profitait de son indignité, l'avantage en était dévolu à ceux qui auraient succédé au défunt, si le défunt eût pu réaliser son projet de faire un Testament. *V.* l'article *Indignité.*

V. Il y avait cependant, à cet égard, une différence remarquable entre le cas où l'empêchement de tester provenait d'un héritier institué, et celui où il provenait d'un héritier *ab intestat.*

Dans le premier cas, l'héritier institué était privé de tout ce que le défunt lui avait laissé par le Testament dont il avait empêché la révocation.

Dans le second cas, les parlemens de droit écrit déclaraient également l'héritier *ab intestat* indigne de toute la succession du défunt.

Mais dans les coutumes qui admettaient des réserves en faveur de l'héritier *ab intestat*.

celui-ci n'était privé que de la portion des biens dont le défunt eût pu le priver par le Testament qu'il l'avait empêché de faire. Charondas, dans ses *Reponses de Droit français*, liv. 7, rép. 63, rapporte un arrêt du parlement de Paris, du 23 mars 1559, qui l'a ainsi jugé. *V.* Furgole, à l'endroit cité, n°. 120.

VI. L'indignité encourue par l'empêchement de tester, donnait-elle, à celui qui en souffrait, une action directe pour reclamer les biens dont le défunt avait eu l'intention de le gratifier?

Elle la lui donnait sans difficulté, s'il était l'héritier *ab intestat* du défunt. Alors, en effet, l'héritier précédemment institué se trouvant dépouillé de son institution, par l'empêchement qu'il avait apporté à ce que le défunt le révoquat, la succession retombait naturellement sous l'empire de la loi, et l'héritier *ab intestat* en était saisi *pleno jure*.

Mais il en était autrement lorsque l'empêchement de tester provenait du fait de l'héritier *ab intestat*.

Charondas avait dit, à l'endroit cité, que, dans ce cas, les légataires avaient une action directe contre l'héritier pour se faire délivrer ce que le défunt avait eu intention de leur laisser. Mais il en a été, avec raison, repris en ces termes par Furgole, n°. 121:

« Cela ne se pratique point dans les pays de droit écrit, et ne paraît pas même pouvoir être observé dans les pays coutumiers, parceque l'art. 1er. de l'ordonnance de 1735 y fait obstacle; car ce serait faire valoir une disposition verbale et non constatée par un acte revêtu des formalités prescrites, et admettre la preuve testimoniale d'une telle disposition, contre la prohibition expresse de cette ordonnance.

» Lorsqu'un testateur se propose de faire des libéralités dans un Testament qu'il ne fait pas à cause qu'il est empêché, sa volonté demeure dans les termes d'un simple projet, qui ne peut opérer aucun effet; et les legs, fideicommis ou autres dispositions, ne sont valables qu'autant qu'elles sont faites par un Testament ou codicille, revêtu de toutes les formalités du droit. *Ex eâ scripturâ quæ ad Testamentum faciendum parabatur, si nullo jure Testamentum perfectum esset, nec ea quæ fideicommissorum verba habent, peti posse.* (Loi 29, D. *qui Testamenta facere possint*).

» Mais, comme il ne serait pas juste que ceux que le défunt a eu une sincère volonté de gratifier, souffrissent du dommage, par le fait de ceux qui ont empêché le fait de la bonne volonté du défunt, en l'empêchant de disposer par Testament ou codicille, on doit leur accorder, suivant l'esprit du droit romain, contre ceux qui ont empêché la disposition par violence ou par dol, une action pour réparer le dommage qu'ils ont causé. (Loi 88, §. 4, D. *de legatis 2°*; Novelle 134, chap. 3; Cujas, sur la novelle 18). Les interprètes disent que c'est en vertu de l'action *de dolo* ou *in factum*, que ceux qui ont été frustrés, peuvent agir *ad interesse*...

» Cette action compète contre ceux qui ont causé le dommage, en empêchant la faction du Testament, non-seulement lorsqu'ils sont du nombre des héritiers *ab intestat*, ou de ceux qui ont été institues dans un précédent Testament, et quoiqu'ils soient privés de l'hérédité; mais encore quand ils ne sont pas du nombre des héritiers, et qu'ils sont étrangers. Il suffit qu'ils aient causé le dommage par leur fait, pour qu'ils doivent être condamnés à le réparer, suivant ce principe de justice et d'équité, *qui occasionem damni dat, damnum fecisse videtur* (Loi 30, §. 6, D. *ad legem aquiliam*); et c'est une règle également certaine, que celui qui cause dommage par sa faute, est obligé de le réparer ».

§. II. *Le Code civil change-t-il quelque chose, sur cette matière, à l'ancien droit?*

Le Code civil est muet sur les effets de l'empêchement de tester.

Mais, d'une part, il renouvelle formellement, art. 1382, le principe du droit romain, que *tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer;*

Et de l'autre, il admet expressément, art. 1348, la preuve testimoniale des *obligations qui naissent des délits ou des quasi-délits.*

Il n'est donc pas douteux que l'empêchement de tester ne puisse être prouvé sous le Code civil, comme il pouvait l'être sous l'ordonnance de 1667; et qu'il ne produise aujourd'hui les mêmes effets qu'il produisait dans notre ancien droit français. *V.* l'article *Indignité*, n° 10.

§. III. *Y a-t-il empêchement de tester, par cela seul qu'un héritier présomptif dit à un mourant, qui se dispose à faire un Testament, que cela est inutile, et qu'il s'engage à remplir ses dernières volontés comme si elles étaient écrites dans une forme légale?*

Le 25 août 1805, meurt à Turin Emmanuel Buscaillone, architecte, laissant de son pre-

mier mariage une fille mariée au sieur Formica, et une veuve, qui précédemment avait épousé le sieur Bussone, et en avait eu deux filles encore vivantes, Joséphine et Félicité.

Des contestations s'élèvent entre la dame Formica et sa belle-mère.

La première prétend que la seconde a soustrait de la maison du sieur Buscaillone, avant et après sa mort, tous les effets, tous les bijoux et tout l'argent qui s'y trouvaient.

La seconde nie cette prétendue soustraction, et réclame 1° des meubles, des effets, des bijoux et de l'argent qui lui sont propres, et qu'elle a apportés dans la maison conjugale; 2° des legs qu'elle soutient avoir été faits verbalement par son mari, savoir, pour elle-même, 400 francs de rente viagère et 1,000 francs en capital; et, pour chacune de ses deux filles de son premier mariage, une somme de 1,500 francs, aussi en capital.

Ces contestations portées devant le tribunal de première instance de Turin, la dame Formica et son mari font signifier à la veuve Buscaillone, le 10 juin 1806, un exploit par lequel ils la somment de répondre, sous serment, à des faits et articles, dont on trouvera ci-après le détail dans un arrêt du 28 janvier 1809.

De son côté, la dame Buscaillone demande, par une requête du 1er août de la même année, que la dame Formica et son mari soient tenus de répondre, sous serment, en ce qui concerne les prétendus legs verbaux, aux faits qu'ils articulent, savoir, que le feu sieur Buscaillone avait fait venir un notaire pour recevoir un Testament, dans lequel il se proposait de consigner ces legs; mais que la dame Formica et son mari l'avaient déterminé à renvoyer cet officier, en l'assurant que toute formalité était inutile, et qu'ils acquitteraient les quatre legs dont il voulait gratifier son épouse et ses belles filles.

Le 13 février 1807, jugement qui, entr'autres dispositions, *déclare recevables les chefs de serment déduits par la veuve Buscaillone, en son écrit du 1er août* 1806; et permet aux sieur et dame Formica de faire interroger la veuve Buscaillone, sur les faits de spoliation qu'ils *lui* imputent.

Appel de la part de la dame Formica et de son mari.

Par arrêt du 13 avril 1808,

« Considérant que les articles de serment déduits par l'intimée, sont dirigés à tirer de la bouche des appelans la preuve d'un fait sur lequel l'intimée a basé sa demande en paiement, à titre de dommages et intérêts, d'un capital de 1,500 livres à chacune de ses deux filles du premier lit, et d'une somme de 1,000 livres, outre une pension viagère de 400 livres au profit d'elle-même;

» Qu'à cet effet, l'intimée reproche aux appelans d'avoir, par dol, empêché le feu architecte Buscaillone de faire son Testament, dans lequel il voulait, ainsi qu'il l'avait déclaré verbalement, faire les legs des sommes ci-devant mentionnées;

» Qu'avant d'examiner l'utilité et pertinence des chefs de serment dont il s'agit, il faut reconnaître si, aux termes de droit, celui qui, par dol, empêche quelqu'un de faire Testament, peut être tenu à des dommages-intérêts envers ceux au profit desquels le défunt aurait exercé des libéralités, s'il eût fait Testament;

» Que, si on s'en rapporte, sur un tel point, à la disposition des lois romaines, les titres seuls du Digeste et du Code, *si quis aliquem testari prohibuerit vel coegerit*, suffisent pour apprendre quelles mesures de rigueur les législateurs ont cru devoir adopter contre ceux qui se seraient permis d'attenter ou de gêner de quelque manière, la liberté des Testamens;

» Qu'au surplus, la teneur de la loi première du Code, au même titre, démontre assez clairement qu'outre la peine de la privation de l'hérédité, qui était appliquée au fisc, celui qui aurait empêché ou forcé quelqu'un de faire Testament, ne pouvait se soustraire aux poursuites en voie civile, de la part de ceux qui, par suite de ces sortes de manœuvres, eussent été endommagés;

» Que, si, dans le temps postérieur, la rigueur de ces dispositions a été mitigée par l'abolition des lois qui adjugeaient au fisc les hérédités dont étaient privés ceux qui en étaient réputés indignes, il est cependant vrai que l'action civile contre ceux qui seraient convaincus d'avoir empêché quelqu'un de faire Testament, ou de l'avoir astreint à mourir *ab intestat*, comme fondée sur la loi éternelle de la justice ou de l'équité, a constamment été envisagée comme un moyen irrécusable à toute personne qui eût pu être lésée dans ses droits ou frustrée dans son attente;

» Que, si l'on cherche quels sont les moyens de séduction ou de coaction réprouvés par les lois, il n'est pas bien difficile de se persuader que, quoique dans le texte des lois 1 et 2, D. *si quis aliquem testari prohibuerit vel coegerit*, le jurisconsulte énonce le cas où l'on n'ait point permis au rédacteur du Testament d'entrer dans la chambre de celui qui voulait faire Testament, et qu'on n'ait pas laissé approcher les témoins, ce n'est là qu'une désignation particulière des moyens qu'on peut em-

ployer pour empêcher la confection d'un Testament; qu'au fond, ce n'est pas seulement un mode de coaction physique qu'on a voulu proscrire, mais encore toute violence morale, tout moyen fallacieux, tout artifice malicieux et trompeur, par lequel quelqu'un ait été ou induit à faire Testament, ou détourné et empêché de le faire; tel était le vrai esprit des lois sus-énoncées, ainsi qu'on peut le déduire plus expressément encore de la loi 2, au Code, même titre;

» Qu'il est, en effet, fort indifférent de distinguer entre les différens genres de séduction ou de coaction pratiqués aux fins d'astreindre quelqu'un à faire ou à ne point faire son Testament, surtout si l'on observe que, quel que puisse être le plus fort éclat d'une violence ouverte ou d'une menace hardie, il est très-aisé de porter un coup plus sûr, quoique moins frappant, en employant des moyens de persuasion et des assurances pour tranquilliser celui qui voudrait ou ne voudrait pas faire Testament, toutes les fois que c'est par dol et par une positive intention de tromper, qu'on se sert de pareils moyens;

» Considérant que, si on s'en rapporte aux nouvelles dispositions qui régissaient la matière et étaient exécutoires en ces pays, à l'époque de la maladie et décès de l'architecte Buscaillone, bien loin que le Code civil ait dérogé aux principes du droit romain qu'on vient d'énoncer, il les aurait au contraire implicitement confirmés; car, quoiqu'on ne rencontre, dans ce Code, aucune mesure ni disposition spécifique en matière de coaction ou d'empêchement apporté à la confection d'un Testament, cependant, outre que, dans les différens titres et partout où la matière en est susceptible, ses dispositions se trouvent assises sur le principe sur lequel repose la sanction des lois romaines sus-rappelées, savoir, la liberté des Testamens, et qu'il ne doit jamais être permis à personne de tirer avantage du dol et de la fraude: on voit au surplus consacré solennellement en principe, aux art. 1382 et 1383, que tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer; et que chacun est responsable du dommage qu'il a causé, non-seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence;

» Que, d'après cela, peu importe encore que le nouveau Code n'ait rien statué spécifiquement à l'égard de l'indemnité due par ceux qui, par des manœuvres captieuses et par dol ou par des moyens ouverts de coaction et de séduction, auraient attenté à la liberté ou gêné de quelque manière la confection des actes de dernière volonté; car la proclamation du principe général, posé dans les articles ci-devant cités, non-seulement équivaut par elle-même à une disposition particulière et expresse, mais embrasse, sans contredit, et confirme virtuellement toutes les dispositions des lois romaines contenues au titre du Code et du Digeste, *si quis aliquem testari prohibuerit aut coegerit*;

» Considérant que, de ce qu'on vient d'établir, il s'ensuit que, si les appelans ont effectivement, par une assurance positive donnée au sieur architecte Buscaillone, d'exécuter, à l'égard de l'intimée et de ses filles, ses volontés verbalement déclarées, et sur le prétexte de l'inexistence de la nécessité d'un acte en forme, ils l'ont détourné de l'idée de faire Testament et d'exercer, par ce moyen, les libéralités dont il se proposait d'user envers icelles, leur refus actuel de donner exécution à leurs promesses, démontrerait que c'est par dol qu'ils ont empêché le défunt de faire Testament, et qu'en conséquence, ils seraient tenus envers l'intimée à des dommages-intérêts;

» Que c'est en vain que les appelans croient pouvoir se soustraire au paiement de ces dommages, en s'étayant de l'absurdité qu'entraînerait le système de l'intimée, de prétendre le paiement de legs non consignés dans aucun des actes que la loi reconnaît seuls capables pour faire passer à titre gratuit les biens dans autrui; car il suffit d'observer que ce n'est pas les legs comme legs que l'intimée réclame, mais le paiement d'une indemnité; et ce, parcequ'elle prétend que les appelans ont employé des moyens trompeurs auprès de feu son mari, par lesquels elle fut privée des legs qu'il voulait lui faire, et qu'il aurait faits, s'il eut pu tester;

» Qu'il n'a pas plus de force, le raisonnement des appelans, fondé sur ce que le paiement de dommages suppose l'existence d'un droit et d'une chose et d'une propriété certaine ou enlevée ou endommagée, ce qui ne peut avoir lieu dans l'espèce, puisque nul droit n'appartenait, avant le Testament et le décès de l'architecte Buscaillone à l'intimée, dont elle ait pu être privée par le fait et la faute des appelans; car il est sensible que le dommage qu'on peut inférer à autrui, ne consiste pas seulement dans la perte ou diminution d'un droit acquis, mais encore dans l'extinction de droits incertains et que l'on a un espoir fondé d'acquérir; en effet, aux termes de l'art. 1149 du Code civil, les dommages-intérêts sont dus tant pour la perte qu'on a faite que

pour le gain dont on a été privé ; or, si l'intention positive du défunt architecte Buscaillone était de gratifier l'intimée d'un capital et d'une pension viagère, ainsi qu'elle soutient, ce que sa qualité d'épouse sans fortune fait assez présumer, n'est-il pas vrai que les appelans, par les empêchemens prétendus apposés par dol à la rédaction en acte authentique des volontés du défunt, lui auraient enlevé l'espoir et les moyens de recueillir les legs que son mari se proposait de lui faire, et que, par là, ils lui auraient causé un dommage réel ?

» Posés ces principes,

» Considérant que le moyen employé par l'intimée, de déférer aux appelans le serment sur les faits qu'elle soutient à l'appui de l'action par elle intentée, ne saurait lui être refusé comme celui qui, aux termes du Code civil, est recevable en tout état de cause et en toutes espèces de contestations, et comme décisoire de la question, tend à constituer les appelans mêmes, juges dans cette affaire ;

» Que, pour se convaincre de l'utilité et de la pertinence des quatre chefs de serment déduits par l'intimée en l'écrit du 15 décembre 1806, il suffit de mettre en rapport les principes de droit et les dispositions des lois susénoncées avec la teneur littérale des mêmes articles de serment, puisqu'il est évident que, si les appelans affirment par leur serment tous les faits posés en ces articles, rien ne manquerait à la preuve que l'intimée doit fournir aux fins de la demande.....;

» La cour (d'appel de Turin) met l'appellation et ce dont est appel au néant, et par jugement nouveau....., ordonne que les appelans feront leur serment par-devant la cour..... sur les quatre chefs déduits par l'intimée en l'écriture du 1er août 1806, ainsi conçus :

» 1° Que les jurans ne peuvent nier que dans la soirée du 23 août 1805, feu le sieur Buscaillone, architecte, respectif mari et père, pendant qu'il se trouva gravement malade (puisqu'à la suite, il est mort dans la matinée du 25 du même mois), déclara en présence de son épouse, la demanderesse et les jurans, ainsi que devant les sieurs prêtre Bertini, vice curé de Carmine, et l'avocat par elle appelé, sa ferme et constante volonté de faire un Testament et de léguer à la demanderesse une pension annuelle et alimentaire de 400 livres, outre un capital disponible de 1000 livres, et aussi la somme de 1,500 livres, pour chacune des deux filles de la demanderesse, nommées Felicité et Joséphine ;

» 2° Que les jurans, entendu une telle détermination du sieur Buscaillone, le dissuadèrent de faire le Testament et lui dirent qu'il était inutile d'en venir là, en assurant qu'ils auraient accompli fidèlement sa volonté et satisfait également auxdits legs, comme si le Testament existait, lequel n'aurait servi qu'à entraîner dans des dépenses; et qu'au contraire, ils l'assurèrent qu'ils auraient exécuté telle sa volonté encore plus religieusement, s'y trouvant encore bien plus obligés, puisqu'ils ne voulaient pas que le diable emporte leur ame par la robe ;

» 3° Que lesdits jurans renouvelèrent la même protestation et assurance audit sieur Buscaillone pendant deux jours consécutifs et jusqu'à la fin des derniers momens de sa vie ;

4° Qu'après la mort du sieur Buscaillone, les mêmes jurans déclarèrent à la personne qu'ils devraient conjointement exprimer, au sieur Pierre François Rocca, architecte, et au sieur vice-curé susdit, qu'ils seraient obligés à l'acquit desdits legs et qu'ils les accompliraient ».

Le même arrêt ordonne que la veuve Buscaillone répondra aux faits de spolation, articulés contre elle par les sieur et dame Formica.

Cet arrêt est signifié, le 23 du même mois, à l'avoué des sieur et dame Formica, avec assignation à comparaître le 27 à l'audience de la cour, et répondre, sous serment, aux faits et articles qu'il énonce.

La dame Formica comparaît en effet, et répond ainsi à ces faits et articles :

« Je jure, sur le premier article, qu'il est vrai que mon feu père, le soir du jour indiqué dans l'article, a manifesté sa volonté de faire son Testament, et de faire les legs y mentionnés, mais en ajoutant qu'on aurait trouvé les sommes en argent nécessaires pour les payer.

» Sur le second, je nie avoir dissuadé mon père de faire Testament. Il est cependant vrai que je lui ai promis de donner exécution à sa volonté, dans la persuasion où j'étais que j'aurais trouvé les fonds nécessaires à cet effet ; persuasion qui m'a été confirmée par l'assurance que mon père m'en a donnée lui-même le jour suivant, 24 août, environ neuf heures du matin. Je nie cependant toutes les autres expressions contenues audit article second.

» Sur le troisième, ce que j'avais dit comme dessus, je l'assurai encore le même jour, 24 août, au soir, en présence de M. l'avoué Buscaillone, lequel pensa aussi, par là, qu'il n'était point nécessaire que mon père fît Testament ; mais cependant il se chargea d'aller chercher et envoyer un notaire pour la confection du Testament.

» Sur le quatrième, après le décès de mon

père, je parlai au sieur Bertini, vice-curé de la paroisse de Carmine, lui ayant dit que, si j'eusse trouvé les fonds que mon père m'avait dit, j'aurais acquitté les legs par lui faits; mais qu'autrement, je ne me croyais pas obligée de les payer, telle ayant été la volonté que mon père m'avait expliquée. Au reste, je n'ai point parlé avec le sieur architecte Rocca, mais bien avec d'autres personnes auxquelles j'ai cependant dit la même chose ».

Le sieur Formica comparaît à son tour, et fait une réponse ainsi conçue :

« Je jure, sur le premier article, qu'il est très-vrai que le feu sieur Buscaillone, mon beau-père a manifesté la volonté de faire un Testament et les legs énoncés en cet article; mais il les rétracta en partie en présence du sieur avoué Buscaillone.

» Sur le second, je nie avoir empêché mon beau-père de faire son Testament; au contraire, j'y aurais contribué au cas qu'il eût voulu le faire; car je me suis porté de compagnie avec le sieur avoué Buscaillone pour chercher un notaire; et chemin faisant, ayant rencontré dans la rue le sieur Gatti, notaire, nous le priâmes de se rendre, pour cet objet, chez M. Buscaillone, mon beau-père. Et sur la difficulté élevée par ledit notaire Gatti, qu'il n'avait pas sur lui de papier timbré, je lui en remis une feuille que je me trouvais avoir moi-même. Mais arrivés chez mon beau-père, celui-ci ne voulut plus se disposer à faire Testament.

» Et sur le premier article, j'ajoute que j'avais assuré mon beau-père que ses volontés et ses dispositions auraient été remplies également, en cas que nous eussions trouvé les fonds nécessaires.

» Sur le troisième, j'ignore les discours dont il est fait mention en cet article, n'ayant plus entendu parler de l'affaire.

» Sur le quatrième, il est vrai qu'après le décès du sieur Buscaillone, mon beau-père, je parlai avec le sieur Bertini, vice-curé, ainsi qu'avec le sieur architecte Rocca, leur disant que, si l'on eût trouvé les fonds que le sieur Buscaillone avait dit qu'on aurait trouvés, nous eussions satisfait aux legs qu'il avait faits, parceque cela n'eût point porté diminution sur le patrimoine delaissé par ledit sieur Buscaillone ».

Le 8 octobre suivant, l'arrêt du 13 avril est signifié à domicile, tant au sieur Formica qu'à son épouse.

Le 24 décembre de la même année, les sieur et dame Formica font signifier un écrit par lequel, après avoir persisté dans leurs conclusions principales, en ce qui concerne les legs verbaux et les soustractions prétendues commises par la veuve Buscaillone, ils concluent subsidiairement « à ce que, dans le cas où la » cour trouverait fondées les instances de la » veuve Buscaillone, en l'état du serment prêté, pour prétendre l'exécution des dispositions verbales du feu sieur Buscaillone, il » soit dit qu'il y a lieu à leur réduction, comme » excédant la quotité permise par la loi; en » conséquence, qu'avant tout, la dame Buscaillone, soit tenue de répondre à l'interrogatoire dont il est parlé dans leur requête » du 14 juillet 1807, aux offres de communiquer les titres mentionnés dans l'état porté » dans ladite requête ».

Le 28 janvier 1809, second arrêt interlocutoire, par lequel,

« Considérant que la manière avec laquelle les mariés Formica, ensuite de l'arrêt de cette cour, du 13 avril dernier, ont vidé les chefs de serment déduits par la dame Bussone, veuve Buscaillonne, laisse désirer de plus amples renseignemens; que le serment maintenant déféré par les mariés Formica, à ladite veuve Buscaillone, sur le contenu dans les nos 4, 5, 10 et 11 des interrogatoires déduits en leur exploit du 10 juin 1806....., peut contribuer beaucoup à jeter du jour sur le fond des demandes respectives des parties....;

» Auparavant que de rendre droit sur le fond, assigne la veuve Buscaillone à prêter ou référer le serment sur les faits articulés par les mariés Formica, aux nos 4, 5, 10 et 11 dans l'exploit du 10 juin 1806, et dont la teneur suit:

» Art. 4 *Que la répondante, le 19 août* 1805, *ainsi six jours avant la mort du sieur Buscaillone, son mari, se trouvant en la compagnie de la personne qu'elle devra exprimer, dans la chambre où était couché sondit mari, celui-ci lui ordonna d'aller dans la chambre voisine, nommée la* Salletta, *pour prendre et lui apporter une malle où étaient des monnaies d'or, et un petit sac où était de la monnaie de billon, qui se trouvaient dans une cassette qu'il lui indiqua, à l'effet de reconnaître le montant des différentes sommes en or et billon existantes dans ladite malle et petit sac, et pour en faire former le bordereau;*

» Art. 5. *Que la répondante, en exécution de l'ordre reçu de son mari, alla tout de suite dans ladite chambre nommée* Salletta, *et porta dans la chambre à coucher de son mari, une malle contenant des pièces d'or, et un petit sac avec de la monnaie billon, lesquelles ont été reconnues en présence de la requérante et de sondit mari, avec*

formation du bordereau par la personne susdite, qui se trouvait aussi en ladite chambre, et que la répondante devra exprimer.

» Art. 10. *Que, le jour 24 août, et ainsi, le jour après le susdit et au matin, le sieur Buscaillone adressa son discours à la requérante, qui se trouvait dans sa chambre à coucher susdite, en compagnie de la répondante, lui a dit qu'elle ne devait être en peine pour les legs qu'il avait verbalement faits à quelques personnes le soir du jour précédent, puisque la requérante, après le décès de lui Buscaillone, aurait trouvé des sommes suffisantes, non-seulement pour exécuter à son aise lesdits legs, mais aussi pour faire face à toutes ses propres affaires (qui étaient à sa connaissance); et pour arranger au surplus, moyennant le paiement de la somme nécessaire, tous ses différends avec la personne que la répondante devra nommer; et que même la requérante n'aurait pas été obligée de dépenser, pour les objets susdits, toutes les sommes en argent qu'elle aurait trouvées dans son hoirie, puisqu'elle aurait trouvé des sommes au-delà de ce qu'elle pouvait penser, et que d'autant moins elle aurait besoin de se dessaisir d'autres fonds de son hoirie pour remplir les objets susdits;*

» Art. 11. *Que, dans la même occasion, ledit sieur Buscaillone, adressant son discours à la répondante, a dit:* j'ai dit tout cela à ma fille ici présente, afin que tu n'ignores pas ce que je lui ai dit, et que tu fasses en sorte que lesdites sommes se trouvent où elles existent; car je ne voudrais pas qu'il arrivât des inconvéniens après mon décès; *et dans le même temps, il fit une exhortation à la répondante, sur le devoir de justice et conscience qui obligeait la répondante à faire consigne fidèle de tout ce qui existait dans son hoirie, et qui était à sa connaissance;*

» Et ce pardevant la cour, et à la troisième audience; après la signification du présent».

Le 2 mai 1809, cet arrêt est signifié, à domicile, aux sieur et dame Formica.

Le 5 du même mois, et en exécution de cet arrêt, la dame Buscaillonne comparaît à l'audience, répond, sous serment, aux faits qui y sont énoncés, les nie tous, et affirme que la promesse faite par les sieur et dame Formica, au feu sieur Buscaillonne, d'exécuter ses quatre legs verbaux, a été pure et simple.

Les choses en cet état, arrêt définitif du 30 du même mois, ainsi conçu:

« La cour, considérant que les époux Formica, dans leurs réponses assermentées données le 27 juillet 1808, ont avoué que le sieur Buscaillonne, respectif père et beau-père, avait manifesté sa volonté de faire Testament, et de faire les legs réclamés par la dame Bussone, et que tous les deux ont promis d'exécuter sa volonté, sans qu'il fût nécessaire de la coucher par écrit, la dame Formica ayant ajouté que l'avoué Buscaillone, qui se trouvait alors présent, avait dit aussi que, d'après ladite promesse, il n'était point nécessaire que le sieur Buscaillone fît son Testament;

» Que, quoique la dame Formica ait allégué que le sieur Buscaillone, son père, avait dit qu'on aurait trouvé les fonds en argent nécessaires pour payer lesdits legs, il est à remarquer que, même posée la vérité de cette allégation, il y aurait au moins toujours le doute si le sieur Buscaillone n'aurait pas fait les legs proposés dans le cas que les fonds en argent, pour les payer, n'eussent point existé; et dans le doute, il est plutôt à présumer que, si le sieur Buscaillone eût fait le Testament, il n'aurait pas précédemment vérifié si l'argent légué existait ou non auprès de lui; et il est certain d'ailleurs, dans le cas que, dans le Testament, il eût dit qu'on aurait trouvé l'argent nécessaire pour satisfaire aux legs dont il s'agit, la seule circonstance de la non-existence dudit argent n'aurait pas, d'après les principes de droit, suffi pour dispenser la dame Formica, héritière légitime, de les payer; que, quoique les réponses assermentées du sieur Formica ne soient pas parfaitement d'accord sur ce point avec celles de son épouse, en ce qu'après avoir dit que le sieur Buscaillone a manifesté la volonté de faire son Testament et les legs en question, il ajoute qu'il les avait retractés ensuite en partie, et que la promesse faite à son beau-père de les payer, était seulement pour le cas de l'existence des fonds nécessaires sans avoir cependant spécifié à quoi lesdits legs eussent été réduits, ni qu'ils eussent été faits précisément et uniquement sous la condition que l'argent pour les payer eût été trouvé, il est néanmoins toujours vrai de dire que de l'ensemble de ses réponses, et notamment de celles de la dame Formica, qui, dans le fond, est la seule héritière du défunt Buscaillone, il appert que c'est par suite de leurs promesses que ce dernier mourût *intestat*, et dans la ferme persuasion que les libéralités qu'il avait témoigné de vouloir exercer envers la dame Bussone, son épouse, et ses filles, auraient, de la part de son héritière, sorti leur plein et entier effet; que, si, d'après le teneur du serment des mariés Formica, quelque léger doute pouvait encore exister, c'était celui de savoir si le sieur Buscaillone avait fait lesdits legs simplement, ou bien sous la condition

expresse de l'existence de l'argent pour les satisfaire; que c'est en partie pour résoudre ce doute, que la cour, par son arrêt du 28 janvier dernier, a, sur la demande des mariés Formica eux-mêmes, assigné la dame Bussone à faire ou déférer le serment sur les faits par eux articulés aux nos 4, 5, 10, 11, dans l'exploit du 10 juin 1806, ayant en même temps permis auxdits mariés Formica de faire preuve, par témoins, des autres faits articulés audit exploit, comme aussi de celui posé en leur requête du 24 décembre 1808;

» Considérant que, par le serment fait par la dame Bussone, en exécution de cet arrêt, la supposition que les legs par elle réclamés, eussent été liés par le sieur Buscaillone, son mari, à la condition de l'existence des fonds ou à d'autres quelconques, étant parfaitement écartée en l'état des choses, il demeure établi que, si feu l'architecte Buscaillone n'a pas fait son Testament, c'est qu'il en a été détourné par suite des observations que les mariés Formica lui ont présentées sur l'inutilité de la rédaction de sa volonté en un acte en forme, et que, s'il n'a pas fait de cette manière les legs qu'il se proposait de faire au profit de la dame Bussone et ses filles, c'est dans l'idée que ce fût la même chose, comme s'il eût consigné sa volonté dans un Testament, d'après les assurances positives que lesdits mariés Formica lui avaient données, qu'elle aurait été entièrement remplie et ponctuellement exécutée; qu'en conséquence, suivant les principes sur la matière, amplement développés dans l'arrêt de cette cour, du 13 avril 1808, la dame Bussone est en droit de prétendre contre la dame Formica, comme héritière dudit sieur Buscaillone, son père, des dommages-intérêts, à cause du refus de payer le legs dont il s'agit..... ;

» Décharge la dame Bussone de toute comptabilité envers les mariés Formica pour raison des faits de spoliation articulés par eux;

» Ayant égard à la demande de la dame Bussone, tant en son nom propre qu'en sa qualité, déclare la dame Formica tenue de payer, au profit de ladite dame Bussone, la somme de 1,000 francs, et de servir en outre la pension viagère de 400 francs, échue dès le jour de la cessation de sa co-habitation avec la dame Formica; comme aussi de payer 1,500 francs à chacune de ses deux filles mineures, Félicité et Joséphine, à charge d'emploi pour l'intérêt, de ces dernières; et sans préjudice de tout droit, en réduction desdites sommes et rente, qui pourra compéter à ladite dame Formica, conformément aux art. 1098, 1099 et 1100 du Code civil; auquel effet, assigne, avant tout, la dame Bussone à répondre personnellement à l'interrogatoire déduit par la dame Formica, dans sa requête du 14 juillet 1807.

Le 19 juillet suivant, la dame Bussone, veuve Buscaillone, fait signifier cet arrêt aux sieur et dame Formica, en leur domicile.

Le 27 du même mois, elle comparaît, en exécution de cet arrêt, pour subir l'interrogatoire qu'il ordonne.

Le 19 août de la même année, les sieur et dame Formica font signifier une requête par laquelle ils combattent les réponses faites par la veuve Buscaillone à cet interrogatoire, et offrent, en communication les titres justificatifs du montant de la succession de leur père et beau-père.

Le 19 octobre suivant, ils se pourvoient en cassation contre l'arrêt du 30 mai.

Le 16 janvier 1811, ils demandent aussi la cassation des arrêts interlocutoires des 13 avril 1808 et 28 janvier 1809.

Le 28 février suivant, arrêt de la section des requêtes, qui joint les deux recours en cassation et les admet.

En conséquence, l'affaire est portée à la section civile.

La veuve Buscaillone, tant en son nom qu'en qualité de tutrice de ses filles, *se présente*, et soutient 1° que les deux recours en cassation sont non-recevables; 2° qu'en tout cas, il doivent être rejetés.

« Devez-vous, pouvez-vous (ai-je dit à l'audience de la section civile, le 18 janvier 1813) accueillir la fin de non-recevoir qui est opposée au recours en cassation des sieur et dame Formica, contre l'arrêt du 13 avril 1808?

» Devez-vous, pouvez-vous accueillir la fin de non-recevoir qui est opposée à leur recours en cassation contre l'arrêt du 28 janvier 1809?

» Devez-vous, pouvez-vous accueillir la fin de non-recevoir qui est opposée à leur recours en cassation contre l'arrêt du 30 mai de la même année?

» Si ce dernier recours est recevable, devez-vous casser ou maintenir l'arrêt qui en forme l'objet?

» Enfin, si vous ne pouvez ni examiner les deux premiers arrêts, ni casser le troisième, dans l'intérêt des sieur et dame Formica, ne devez-vous pas du moins les casser tous, ne devez-vous pas du moins en casser quelques-uns, dans l'intérêt de la loi?

» Telles sont les cinq questions sur lesquelles nous sommes appelé, dans cette affaire, à vous proposer les résultats de nos méditations.

» La première nous paraît devoir se résoudre sans difficulté, contre les sieur et dame Formica.

» L'arrêt du 13 avril 1808 a été signifié, à domicile, aux sieur et dame Formica, dès le 27 juillet suivant; et ce n'est que le 16 janvier 1811 qu'ils en ont demandé la cassation. Comment donc pourraient-ils échapper à la fin de non-recevoir que l'on oppose à leur recours?

» Cet arrêt, disent-ils, n'était qu'interlocutoire; et l'art. 14 de la loi du 4 brumaire an 4 nous a empêché d'en demander la cassation, tant que le procès n'a pas été jugé définitivement.

» Mais 1° quoiqu'interlocutoire dans ses termes et dans sa forme, cet arrêt était réellement définitif; et il l'était par deux raisons également tranchantes.

» Il était définitif, parcequ'il ordonnait aux sieur et dame Formica de prêter le serment décisoire que leur avait déféré la dame Buscaillone; parceque le jugement du fond ne pouvait être que le corollaire forcé de la manière dont serait prêté ce serment; parceque, comme le dit Voët, on doit considérer comme définitifs tous les jugemens interlocutoires qui ordonnent quelque chose dont le jugement du fond est la conséquence nécessaire, et notamment ceux qui font dépendre le jugement du fond de la prestation d'un serment: *non desunt interlocutoriæ sententiæ quæ vim definitivæ habent, dùm definitiva ex juris necessitate ad eas sequi debet; veluti si judex deferat actori vel reo jusjurandum, tanquàm in re dubiâ, ut secundùm eum qui juravit, judicetur. Arg. l. 31, D. de jurejurando.*

» Il est encore définitif, parcequ'il n'avait été rendu qu'après contestation sur la question de savoir s'il y avait ou non lieu à la délation du serment dont il ordonnait la prestation; parcequ'il ne faut pas confondre les arrêts interlocutoires qui ne préjugent le fond que d'office, avec les arrêts interlocutoires qui le préjugent après contestation sur l'admissibilité ou l'inadmissibilité du préalable qu'ils ordonnent; parceque si, comme la section des requêtes l'a jugé par cinq arrêts des 19 décembre 1809, 4, 11 et 12 avril et 17 mai 1810, les premiers ne sont passibles du recours en cassation, qu'après le jugement du principal, il est certain, et vous avez jugé plusieurs fois, et notamment le 16 mai 1809, en cassant, au rapport de M. Coffinhal, un arrêt de la cour d'appel de Bordeaux, que les seconds doivent être considérés comme définitifs, et que le recours en cassation est ouvert contre eux et à l'instant même où ils ont été rendus; ce qui amène inévitablement la conséquence que le recours en cassation est fermé à l'égard de ces arrêts, du moment qu'il s'est écoulé trois mois après leur signification à personne ou domicile.

» 2° Quand nous supposerions que le recours en cassation n'a été ouvert contre l'arrêt du 13 avril 1808, qu'après l'arrêt définitif du 30 mai 1809, que gagneraient à cette hypothèse les sieur et dame Formica?

» Il aurait au moins fallu, dans cette hypothèse, que les sieur et dame Formica attaquassent l'arrêt du 13 avril 1808, dans les trois mois de la signification qui leur a été faite à domicile de l'arrêt du 30 mai 1809, c'est-à-dire, au plus tard le 21 octobre de la même année.

» Or, nous l'avons déjà dit, ce n'est que le 17 janvier 1811 qu'a été déposée au greffe de la cour la requête par laquelle les sieur et dame Formica ont attaqué l'arrêt du 13 avril 1808. Cette requête a donc été, même dans l'hypothèse la plus favorable aux sieur et dame Formica, déposée beaucoup trop tard.

» La deuxième question ne présente pas plus de difficulté que la première.

» A la vérité, l'arrêt interlocutoire du 28 janvier 1809 n'a pas tout-à-fait le même caractère que celui du 13 avril 1808.

» A la vérité, on peut dire que, s'il préjuge que le serment prêté par les sieur et dame Formica, en exécution de l'arrêt du 13 avril 1808, non-seulement ne suffit pas pour lever toutes les difficultés qu'offre la demande en paiement des prétendus legs verbaux du sieur Buscaillone, mais encore qu'il pourra être infirmé par celui que la veuve Buscaillone prêtera sur des faits étrangers à ces legs, il ne le préjuge du moins que d'office, il le préjuge du moins sans qu'il y ait eu, à cet égard, aucune contestation préalable entre les parties.

» A la vérité, il n'est pas douteux que, d'après cela, on ne doive appliquer à cet arrêt la maxime consacrée par les cinq arrêts de la section des requêtes, que le recours en cassation contre les jugemens interlocutoires en dernier ressort, qui ne préjugent le fond que d'office, n'est ouvert qu'après la décision définitive du procès.

» Mais à quelle époque les sieur et dame Formica ont-ils attaqué cet arrêt? Ils ne l'ont attaqué, comme celui du 13 avril 1808, que le 16 janvier 1811; et cependant il leur avait été signifié dès le 2 mai 1809. La seconde des fins de non-recevoir qui repoussent leur recours en cassation contre l'arrêt du 13 avril 1808, repousse donc également, et avec la même force, leur recours en cassation contre l'arrêt du 28 janvier 1809.

» La troisième question n'est pas plus diffi-

cile à résoudre que les deux premières : mais c'est en faveur des sieur et dame Formica qu'elle nous paraît devoir être résolue.

» Les sieur et dame Formica, vous dit la défenderesse, ont exécuté volontairement et sans protestation ni réserve, une disposition de l'arrêt du 30 mai 1809, qui n'est que la conséquence de celle qu'ils attaquent aujourd'hui. Ils ont donc acquiescé à l'une et à l'autre disposition de cet arrêt. Ils sont donc non-recevables dans leur recours en cassation contre la disposition de cet arrêt qui forme le principe de celle qu'ils ont exécutée.

» Il y a, dans cet argument, deux propositions à distinguer : l'une vraie, et l'autre fausse.

» La proposition vraie, c'est que, dans l'arrêt du 30 mai 1809, la disposition qui, avant faire droit sur les conclusions subsidiaires des sieur et dame Formica, en réduction des prétendus legs verbaux, ordonne à la veuve Buscaillone de répondre aux faits et articles posés dans une requête du 14 juillet 1807, n'est que la conséquence de la disposition qui condamne les sieur et dame Formica au paiement d'une somme équipollente à ces prétendus legs. Car il est évident que, si les prétendus legs n'étaient point dus, il n'y aurait pas lieu à examiner s'ils excèdent ou non la portion disponible.

» La proposition fausse, c'est que, par la manière dont les sieur et dame Formica ont exécuté la disposition relative à la réduction des prétendus legs verbaux, ils ont acquiescé à la disposition qui les condamne au paiement de ces legs. Et en effet, les sieur et dame Formica n'ont pas été au-devant de la veuve Buscaillone, pour la forcer de répondre à leurs faits et articles; c'est au contraire la veuve Buscaillone qui les a fait assigner, le 19 juillet 1809, pour être présens, le 27, aux réponses qu'elle était prête à faire. Ils n'ont donc pas comparu volontairement à l'audience où elle a fait ses réponses. Ils n'y ont donc comparu que parcequ'ils y étaient contraints. Ils n'ont donc pas acquiescé, en y comparaissant, à la disposition de l'arrêt qui formait le principe de celle dont la veuve Buscaillone poursuivait l'exécution.

» S'ils n'y ont pas acquiescé par leur comparution du 27 juillet 1809, ils n'y ont pas acquiescé davantage par la requête qu'ils ont fait signifier, le 19 août suivant, pour combattre les réponses de la veuve Buscaillone. Une fois l'instance engagée par l'assignation de la veuve Buscaillone, du 19 juillet, sur l'exécution de la disposition de l'arrêt relative à la réduction des legs verbaux, il fallait bien que les sieur et dame Formica s'y défendissent; il fallait bien qu'ils fissent tout ce qui était en leur pouvoir pour empêcher la veuve Buscaillone d'obtenir contre eux une condamnation définitive et exécutoire à l'instant même.

» Qu'importe qu'en comparaissant le 27 juillet, qu'en signifiant leurs défenses le 19 août, les sieur et dame Formica n'aient pas pris la précaution de se réserver, par une protestation expresse, leur droit de recours en cassation contre l'arrêt du 30 mai?

» Cette précaution eût été sage, sans doute, mais était-elle nécessaire? Elle l'eût été indubitablement, si les sieur et dame Formica avaient poursuivi eux-mêmes l'exécution de la disposition de l'arrêt relative à la réduction des legs verbaux; mais elle était inutile, du moment que les sieur et dame Formica ne jouaient, dans l'instance tendante à cette exécution, qu'un rôle passif; du moment qu'ils ne paraissaient dans cette instance, que pour obéir à un arrêt auquel ils ne pouvaient pas se refuser d'obéir; du moment qu'ils n'y paraissaient que parcequ'ils y étaient contraints; du moment qu'ils n'y paraissaient que par une cause exclusive de toute présomption d'acquiescement.

» C'est ainsi que, par arrêt du 4 brumaire an 11, rendu au rapport de M. Babille et sur nos conclusions, vous avez déclaré *qu'en défendant au fond*, SANS AUCUNE RÉSERVE DE SE POURVOIR, *par suite du jugement qui, après avoir rejeté sa fin de non-recevoir, l'avait ainsi ordonné, Leboullanger ne s'était pas interdit la faculté de la faire valoir ultérieurement, d'autant mieux qu'il s'agissait d'un jugement en dernier ressort, et que d'ailleurs cette exécution de ce jugement n'était point un acte libre de sa part, mais avait été provoquée par son adversaire.*

» Il est donc clair qu'autant sont bien fondées les fins de non-recevoir que la défenderesse oppose au recours en cassation des sieur et dame Formica, contre les arrêts des 13 avril 1808 et 28 janvier 1809, autant est mal fondée la fin de non-recevoir que la défenderesse oppose au recours en cassation des sieur et dame Formica, contre l'arrêt du 30 mai de cette dernière année.

» Mais il s'agit maintenant, et c'est notre quatrième question, de savoir si vous pouvez, si vous devez casser l'arrêt du 30 mai, en tant qu'il condamne les sieur et dame Formica au paiement d'une somme équipollente aux prétendus legs verbaux du sieur Buscaillone.

» L'affirmative nous paraîtrait incontestable, si l'arrêt du 30 mai pouvait être ici considéré isolément, si nous pouvions le dégager

de l'influence qu'a dû exercer sur ses dispositions l'arrêt interlocutoire du 28 janvier, non attaqué en temps utile par les sieur et dame Formica.

» Et en effet, considéré isolément, l'arrêt du 30 mai viole, de la manière la plus formelle, les art. 1355 et 1356 du Code civil, qui défendent de diviser les aveux judiciaires, et par conséquent les sermens prêtés en justice.

» La chose est évidente quant au serment du sieur Formica. Le sieur Formica avait expressément affirmé qu'il n'avait promis au feu sieur Buscaillone, d'acquitter ses legs verbaux, que dans le cas où il trouverait dans sa succession tout l'argent comptant nécessaire à cet objet. La cour d'appel de Turin ne pouvait donc pas, même en faisant abstraction des principes et des lois qu'elle avait ouvertement violés par son arrêt du 13 avril 1808 et que nous développerons ci-après, partir de la déclaration du sieur Formica, pour condamner son épouse à payer ces legs, puisque, dans le fait, il ne s'était point trouvé d'argent comptant dans la succession, et qu'elle le reconnaissait elle même de la manière la plus positive. Elle a donc, en faisant de la déclaration du sieur Formica, l'une des bases de son arrêt du 30 mai 1809, violé la disposition du Code qui prohibe toute division d'aveux judiciaires.

» Mais il y a plus : elle l'a également violée, en appuyant encore son arrêt sur la déclaration de la dame Formica ; et c'est une vérité facile à saisir.

» La dame Formica avait déclaré 1° qu'il était vrai que son père avait manifesté, le 23 août, l'intention de faire, par un Testament, les legs dont il s'agissait, *mais en ajoutant qu'on aurait trouvé*, dans sa succession, *les fonds nécessaires pour les payer;* 2° qu'il était vrai qu'elle avait promis à son père d'acquitter ses legs verbaux, mais qu'elle ne l'avait fait *que dans la persuasion où elle était qu'elle aurait effectivement trouvé dans la succession les fonds nécessaires à cet effet; persuasion* (avait-elle ajouté) *qui m'a été confirmée par l'assurance que mon père m'en a donnée lui-même le jour suivant, 24 avril, environ neuf heures du matin.*

» Que résultait-il de cette déclaration prise dans son entier ? Une chose fort simple : c'est que la dame Formica n'avait promis d'acquitter les legs verbaux de son père, que par une erreur dans laquelle son père lui-même l'avait induite, par une erreur qui tombait sur la substance même de la chose qu'elle avait pour objet, et conséquemment par une erreur qui, aux termes de l'art. 1109 du Code civil, viciait sa promesse.

» La cour d'appel de Turin ne pouvait donc pas, sur le fondement de cette déclaration, condamner la dame Formica au paiement de legs verbaux qui, dans l'opinion même de cette cour, ne pouvaient être dus qu'en vertu de sa promesse, ou, ce qui revient au même, que parcequ'au moyen de sa promesse, la dame Formica avait détourné son père de faire un Testament régulier.

» Qu'a fait cependant la cour d'appel de Turin ? Elle a séparé de la promesse de la dame Formica, la cause impulsive et déterminante que la dame Formica lui avait attribuée par sa déclaration. Elle a considéré la promesse de la dame Formica comme pure et simple. Elle a conséquemment divisé la déclaration de la dame Formica. Et conséquemment encore, elle a doublement violé les art. 1355 et 1356 du Code civil.

» Mais il est curieux d'observer comment et par quel paralogisme la cour d'appel de Turin est parvenue à se permettre de diviser ainsi une déclaration que la loi l'obligeait de regarder comme indivisible.

» Si le sieur Buscaillone, a-t-elle dit, avait fait un Testament, et qu'en y consignant les legs dont il s'agit, il eût déclaré que son héritière trouverait dans sa succession tout l'argent comptant dont elle aurait besoin pour les acquitter, ces legs n'en seraient pas moins dus, quoiqu'il ne se fût point trouvé d'argent comptant dans la succession. Or, par l'aveu que fait la dame Formica d'avoir promis à son père d'acquitter ses legs verbaux, les choses sont réduites au même point que si les legs verbaux du sieur Buscaillone avaient été rédigés par écrit. Donc, la promesse de la dame Formica doit être considérée comme pure et simple, ni plus ni moins que le seraient les legs verbaux qu'elle a promis d'acquitter, dans le cas où ils auraient été rédigés par écrit, avec la clause formelle que l'argent nécessaire pour les acquitter, se trouverait dans la succession.

» Le vice de ce raisonnement est sensible.

» Sans doute, si le sieur Buscaillone avait, par un Testament en bonne forme, légué différentes sommes à son épouse et à sa belle-fille, en déclarant que ces sommes existaient dans sa succession, l'inexistence de ces sommes dans la succession n'aurait pas empêché que ces legs ne fussent dus par la dame Formica : et pourquoi ? Parcequ'il est de principe que *falsa demonstratio non vitiat legatum*, et que *causa legandi legato non cohæret.*

» Mais, remarquons-le bien, ce n'est point là notre espèce. Le sieur Buscaillone n'a point fait de Testament ; ses legs verbaux n'ont par

eux-mêmes aucune consistance; et c'est de la promesse faite par la dame Formica de les acquitter, qu'ils tirent toute leur force. On ne peut donc pas appliquer ici la règle du droit romain, d'après laquelle la fausseté de la cause ou de la démonstration apposée à un legs, ne vicie pas le legs même. Cette règle est limitée aux dispositions testamentaires, et encore une fois, ce n'est pas de dispositions testamentaires qu'il est ici question. Il ne peut être ici question que d'une promesse d'acquitter des legs nuls par eux-mêmes; et il n'y a point de promesse qui soit passible de l'application de la règle que nous venons de rappeler. Toute promesse fondée sur une erreur tombant sur la substance de la chose qui en est l'objet, est essentiellement nulle.

» Vainement, au surplus, la cour d'appel de Turin a-t-elle cherché un moyen de justifier son arrêt du 30 mai 1809, dans le serment que la veuve Buscaillone avait prêté en exécution du second arrêt interlocutoire du 28 janvier précédent.

» Il est vrai que, par ce serment, la veuve Buscaillone avait affirmé que *les legs par elle réclamés* n'avaient pas été *liés par le sieur Buscaillone, son mari, à la condition de l'existence des fonds ou à d'autres quelconques.*

» Mais elle l'avait affirmé de son propre mouvement; elle l'avait affirmé sans que les sieur et dame Formica lui eussent déféré le serment sur ce point; elle l'avait affirmé sans même que l'arrêt interlocutoire du 28 janvier 1809 lui eût enjoint de prêter là-dessus aucune espèce de serment. Car les sieur et dame Formica n'avaient pas déféré le serment à la veuve Buscaillone, sur le point de savoir si les legs verbaux dont elle réclamait le paiement, avaient été purs et simples, ou subordonnés à la condition de l'existence de l'argent comptant nécessaire pour les acquitter. Ils ne lui avaient déféré le serment, que sur les faits de spoliation qu'ils articulaient contre elle, et dont il n'est plus question aujourd'hui. Ils ne le lui avaient déféré qu'à l'effet de prouver qu'à la mort du sieur Buscaillone, il s'était trouvé dans la maison différentes sommes qu'ils l'accusaient d'avoir soustraites. Et c'est ce dont vous vous convaincrez facilement, messieurs, en vous reportant à la partie de l'arrêt interlocutoire du 28 janvier 1809, dans laquelle sont retracés les art. 4, 5, 10 et 11 de l'acte du 10 juin 1806, par lequel les sieurs et dame Formica, avaient interpellé la veuve Buscaillone de se purger par serment.

» Ainsi, que du serment prêté par la veuve Buscaillone sur ces quatre articles, on infère qu'elle ne peut pas être recherchée par les sieur et dame Formica, comme spoliatrice de la succession de leur père et beau-père, que l'on en infère qu'il n'est pas vrai que le sieur Buscaillone ait eu, à sa mort, les différentes sommes qu'ils l'ont accusée d'avoir soustraites, à la bonne heure. Mais certes, on ne peut pas en conclure que la dame Formica ait promis purement et simplement d'acquitter les legs verbaux de son père; on ne peut pas en conclure que la dame Formica n'ait pas été déterminée à faire cette promesse, par la considération qu'il existait dans la succession assez d'argent comptant pour acquitter les legs verbaux du sieur Buscaillone; et on le peut d'autant moins, qu'à l'époque où le serment prêté par la veuve Buscaillone, lui a été déféré par l'arrêt en exécution duquel la prestation en a été faite, il y avait déjà longtemps que toute contestation était terminée sur ce point par le serment décisoire des sieur et dame Formica, puisque les sieur et dame Formica avaient prêté leur serment dès le 23 mai 1808; et que, dès-lors, il était demeuré constant que leur promesse, d'acquitter les legs de leur père et beau-père, n'avait pas été pure et simple.

» Mais si, considéré isolément, l'arrêt du 30 mai 1809 ne peut pas soutenir les regards de la cour suprême; si, considéré isolément, cet arrêt appelle sur lui votre censure, ne trouve-t-il pas, dans l'arrêt interlocutoire du 28 janvier précédent, non attaqué en temps utile, un rempart contre lequel viennent se briser, comme frustratoires et sans objet, les moyens de cassation auxquels par lui-même il donne prise? Ou, en d'autres termes, l'arrêt du 28 janvier n'a-t-il pas dû exercer, sur celui du 30 mai, une influence telle que la non-cassation de l'un entraîne nécessairement le maintien de l'autre? Ou en d'autres termes encore, l'arrêt du 28 janvier n'avait il pas préjugé, à l'avance, que, dans le cas où la veuve Buscaillone prêterait, de la manière qu'elle l'a prêté le serment qu'il lui avait déféré à la demande des sieur et dame Formica, le serment prêté antérieurement par les sieur et dame Formica, ne ferait plus la loi aux parties sur les articles de leurs différends qu'il paraissait avoir terminés sans retour?

» Pour bien résoudre cette question, il est nécessaire de remonter aux faits qui ont précédé l'arrêt du 28 janvier, aux considérations qui l'ont motivé et à son dispositif.

» Le 10 juin 1806, les sieur et dame Formica avaient fait signifier à la veuve Buscaillone, un exploit par lequel ils la sommaient de ré-

pondre, sous la religion du serment, à des faits et articles dont il prétendaient induire qu'elle avait enlevé de la maison de leur père et beau-père, après sa mort, de l'argent, des bijoux et des effets qui y existaient encore dans ses derniers momens et qui ne s'étaient pas retrouvés dans sa succession.

» La veuve Buscaillone, de son côté, avait demandé que les sieur et dame Formica prêtassent serment sur des faits relatifs au prétendu Testament verbal de son mari.

» L'arrêt du 13 avril 1808 avait laissé à l'écart le serment déféré par les sieur et dame Formica à la veuve Buscaillone sur la spoliation dont ils l'accusaient, et avait ordonné la prestation du serment déféré par la veuve Buscaillone aux sieur et dame Formica.

» En exécution de cet arrêt, les sieur et dame Formica avaient prêté, le 27 du même mois, le serment que la veuve Buscaillone leur avait déféré; et vous verrez bientôt, messieurs, que, d'après la manière dont ils l'avaient prêté, il était légalement impossible que la veuve Buscaillone ne succombât pas en définitive.

» Les choses en cet état, les parties revinrent, le 28 janvier 1809, à l'audience de la cour d'appel de Turin.

» Là, les sieur et dame Formica conclurent, en ce qui concerne les prétendus legs verbaux, à ce que, vu le serment qu'ils ont prêté le 27 avril 1808, la veuve Buscaillone soit déclarée non-recevable; et en ce qui concerne les soustractions qu'ils imputent à la veuve Buscaillone, à ce que celle-ci soit tenue de prêter ou de leur référer le serment qu'ils lui ont déféré par les art. 4, 5, 10 et 11 de leur exploit du 10 juin 1806.

» La veuve Buscaillone critique les conséquences que les sieur et dame Formica prétendent tirer de leur serment du 27 avril 1808; elle soutient que ce serment, par la manière dont il a été prêté, est tout à son avantage; et elle conclud, 1° quant aux legs verbaux, à ce qu'ils lui soient adjugés à titre de dommages-intérêts; 2° quant aux soustractions, à ce qu'elle en soit déchargée, sous l'offre d'affirmer en général qu'elle n'a rien emporté ni distrait de la maison de son mari.

» Là-dessus, que fait la cour d'appel de Turin? Elle considère *que la manière avec laquelle les mariés Formica, ensuite de l'arrêt du 13 avril dernier, ont vidé les chefs de serment déduits par la veuve Buscaillone*, LAISSE DÉSIRER DE PLUS AMPLES RENSEIGNEMENS; *que le serment maintenant déféré par les mariés Formica à ladite veuve Buscaillone, sur le contenu dans les* nos 4, 5, 10 *et* 11 *des interrogatoires déduits en leur exploit du* 10 *juin* 1806...., *peut contribuer beaucoup à jeter du jour* SUR LE FOND DES DEMANDES RESPECTIVES DES PARTIES. .. ; et elle ordonne, avant faire droit, que la veuve Buscaillone sera tenue de prêter ou référer le serment qui lui est déféré sur les points suivans: 1° s'il n'est pas vrai que, le 19 août 1805, elle a été chargée par son mari de prendre, dans un endroit qu'il lui avait indiqué, une cassette dans laquelle se trouvaient différentes sommes d'or et de billon, de la lui apporter, d'en compter le contenu et d'en dresser un bordereau; 2° s'il n'est pas vrai qu'elle a exécuté cet ordre; que la cassette a été apportée, ouverte et reconnue en présence de son mari; et qu'un bordereau a été dressé des pièces d'or et de billon qui s'y trouvaient; 3° s'il n'est pas vrai que, le 24 du même mois, au matin, le sieur Buscaillone a dit, en sa présence, à la dame Formica, sa fille, qu'elle ne devait avoir aucune inquiétude sur les legs dont il l'avait grevée par ses dispositions verbales de la veille, parcequ'elle trouverait dans sa succession beaucoup plus d'argent comptant qu'il n'en faudrait pour les acquitter; 4° s'il n'est pas vrai qu'après avoir ainsi parlé à sa fille, le sieur Buscaillone a exhorté son épouse à renseigner exactement, après sa mort, tout l'argent et tous les effets qui existaient dans sa maison.

» Voilà, messieurs, ce que porte l'arrêt du 28 janvier 1809; et il vous est maintenant bien facile de décider s'il préjuge véritablement que les sermens prêtés par les sieur et dame Formica, en exécution de l'arrêt du 13 avril 1808, ne doivent pas être pris en entier tels qu'ils sont, qu'ils peuvent être divisés, et qu'ils ne terminent pas irrévocablement la contestation relative aux prétendus legs verbaux.

» Oui, sans doute, il préjuge tout cela; et non-seulement la cour d'appel de Turin elle-même a formellement déclaré, par son arrêt définitif du 30 mai, que telle avait été son intention en rendant celui du 28 janvier précédent; mais l'arrêt du 28 janvier exprime et manifeste clairement cette intention.

» Il l'exprime, il la manifeste d'abord par ses motifs. Ses motifs sont, d'une part, que les sermens prêtés par les sieur et dame Formica, *laissent désirer de plus amples renseignemens* sur la teneur de la promesse qu'ils ont faite à leur père et beau-père, d'acquitter ses legs verbaux; ce qui déjà annonce, d'une manière non équivoque, que la cour d'appel de Turin ne se croit pas liée par les sermens des sieur et dame Formica, et qu'il lui est libre de s'en

jouer; d'autre part, que le *serment maintenant déféré*, par les sieur et dame Formica, à la veuve Buscaillone, *peut contribuer à jeter du jour sur le fond des demandes respectives des parties;* ce qui prouve que la cour d'appel de Turin entend que le serment à prêter par la veuve Buscaillone, ne doit pas seulement influer sur la demande formée par les sieur et dame Formica contre la veuve Buscaillone, à raison des faits de spoliation qu'ils lui imputent, mais qu'il doit encore influer sur la demande formée par la veuve Buscaillone, contre les sieur et dame Formica, en paiement de ses prétendus legs verbaux; ce qui, par conséquent, revient au même que si la cour d'appel de Turin disait, en termes exprès, que la veuve Buscaillone venant à affirmer que tous les faits sur lesquels serment lui est déféré, sont faux, le serment prêté antérieurement par les sieur et dame Formica, pourra être divisé; qu'il continuera bien de faire foi que les sieur et dame Formica ont promis au sieur Buscaillone d'acquitter ses legs verbaux; mais qu'il cessera de faire foi que leur promesse n'a pas été pure et simple.

» Et c'est à la suite de ces motifs, que l'arrêt du 28 janvier ordonne que la veuve Buscaillone prêtera le serment que lui défèrent les sieur et dame Formica; c'est à la suite de ces motifs, qu'il ordonne, *avant faire droit*, la prestation de ce serment, et qu'il l'ordonne, non *avant faire droit* sur l'objet direct de ce serment même, c'est-à-dire, sur les faits de spoliation imputés à la veuve Buscaillone, mais sur tout ce qui reste à juger entre les parties, sur la demande de la veuve Buscaillone en paiement des prétendus legs verbaux, comme sur la demande des sieur et dame Formica en restitution des effets prétendus soustraits par la veuve Buscaillone.

» Le dispositif de l'arrêt du 28 janvier est donc parfaitement d'accord avec ses motifs. Il résulte donc du dispositif et des motifs de cet arrêt, que la cour d'appel de Turin a préjugé, dès le 28 janvier 1809, la divisibilité et l'insuffisance du serment prêté par les sieur et dame Formica, en exécution de l'arrêt du 13 avril 1808.

» Mais dès-lors, comment pourriez-vous, l'arrêt du 28 janvier subsistant, casser celui du 30 mai? L'arrêt du 30 mai n'est que la conséquence de celui du 28 janvier. L'un ne fait que déclarer, d'après le serment prêté par la veuve Buscaillone, ce que l'autre avait, en quelque sorte, prédit pour le cas où la veuve Buscaillone prêterait ce serment. L'impossibilité où vous vous trouvez de casser celui-ci, entraîne donc nécessairement le maintien de celui-là.

» C'est ainsi que, par arrêt du 22 juillet 1812, au rapport de M. Dutocq, vous avez rejeté la demande de Raphaël Risser en cassation d'un jugement en dernier ressort du tribunal de commerce de Strasbourg, par la seule considération que la question décidée par ce jugement, avait été antérieurement préjugée, dans la même instance, par un jugement interlocutoire que Raphaël Risser n'attaquait pas (1).

» Mais ici se présente notre cinquième question: en rejetant, par le motif que nous venons d'exposer, le recours en cassation des sieur et dame Formica contre l'arrêt du 30 mai 1809, en déclarant non-recevables les recours en cassation des sieur et dame Formica, contre l'arrêt du 28 janvier précédent et contre celui du 13 avril 1808, n'avez-vous rien à faire pour venger la loi des atteintes qui lui ont été portées dans cet étrange procès?

» Et d'abord, quoi de plus manifestement contraire à la loi que l'arrêt du 13 avril 1808?

» Vous le savez, messieurs, l'art. 1er de l'ordonnance de 1735 voulait que *toutes dispositions testamentaires* fussent *faites par écrit*, et déclarait nulles *toutes celles qui ne seraient faites que verbalement.*

» Les art. 893, 895 et 969 du Code civil disent la même chose en d'autres termes.

» Il ne pouvait donc s'élever, devant la cour d'appel de Turin, aucun doute raisonnable sur la nullité des dispositions que la veuve Buscaillone prétendait avoir été faites, tant à son profit qu'à celui de ses deux filles, par le père et beau-père des sieur et dame Formica.

» Cependant, la cour d'appel de Turin, au lieu de déclarer la veuve Buscaillone purement et simplement non-recevable, a, par son arrêt du 13 avril 1808, admis le serment déféré par la dame Buscaillone aux sieur et dame Formica, sur les circonstances dans lesquelles la dame Buscaillone soutenait que ces legs avaient été faits; et il est bien sensible qu'elle n'a pu, sans violer les lois, admettre un pareil serment.

» Admettre un serment qu'une partie défère à son adversaire, c'est nécessairement juger que le fait sur lequel il porte, est décisif, et que le sort de la contestation en dépend. Car la loi n'autorise la délation du serment, qu'en le qualifiant de *décisoire*; et il ne peut être tel, s'il porte sur des faits qui, supposés constans, ne devraient avoir, sur le jugement du procès, aucune influence. *Le serment judiciaire*, dit le Code civil, art. 1357, est de *deux espèces*: 1° *celui qu'une partie défère à l'autre pour en faire dépendre le jugement de la cause; il est appelé décisoire.* 2° *etc.*

» Or, étaient-ils décisifs les quatre faits sur

(1) *V.* l'article *Interlocutoire*, n° 3 2°.

lesquels portait le serment dont la prestation a été ordonnée par l'arrêt du 13 avril 1808?

» Le premier ne l'était certainement point. Qu'importe, en effet, que le sieur Buscaillone ait, dans la soirée du 23 août 1805, déclaré, en présence des sieur et dame Formica et de plusieurs autres personnes, que son intention était de faire un Testament par lequel il aurait légué une pension et différentes sommes à son épouse et aux demoiselles Bussone. D'une part, son intention de léguer était surbordonnée à celle de faire un Testament; et par conséquent elle demeurait en pur projet, tant qu'il ne faisait pas un Testament pour la réaliser. D'un autre côté, quand il aurait déclaré purement et simplement, mais de vive voix seulement, léguer à son épouse et aux demoiselles Bussone la pension et les sommes dont il s'agit, quand les sieur et dame Formica en auraient fait l'aveu dans les termes les plus positifs et les plus absolus, serait-ce une raison pour ordonner l'exécution de ces legs..... (1).

» Le second fait était-il plus décisif? Vous vous rappelez, messieurs, de quelle manière il était articulé par la veuve Buscaillone. Suivant elle, les sieur et dame Formica, ayant entendu la déclaration de leur père et beau-père, lui dirent qu'il était inutile de faire le Testament qu'il avait en vue; que cela ne servirait qu'à entraîner des frais, qu'ils accompliraient fidèlement sa volonté et satisferaient à ses legs. Supposons le fait; qu'en résultera-t-il?

» Il en résultera, suivant la cour d'appel de Turin, que les sieur et dame Formica ont empêché le sieur Buscaillone de tester, et qu'on doit leur appliquer les dispositions des lois romaines relatives à ceux qui empêchent un mourant de donner à ses dernières intentions la forme d'un Testament.

» Mais qu'est-ce qu'entendent les lois romaines par *empêcher un mourant de tester*?

» C'est, aux termes de la loi 1, D. *Si quis aliquem testari prohibuerit*, empêcher que l'officier public, appelé par le mourant pour recevoir ses dispositions, ne parvienne jusqu'à lui: *qui dùm captat hereditatem legitimam vel ex Testamento, prohibuit testamentarium introire, volente eo facere Testamentum vel mutare, divus Adrianus constituit denegari ei debere actiones.*

» C'est encore, comme l'explique très-bien la loi 2 du même titre, employer des manœuvres frauduleuses pour détourner les témoins appelés par le mourant, de se rendre auprès de lui: *si quis dolo malo fecerit testes non veniant et per hoc deficiatur facultas Testamenti faciendi, denegandæ sunt actiones ei qui dolo fecerit, sive legitimus heres sit, sive ex priori Testamento scriptus.*

» Mais promettre au mourant que l'on exécutera ses volontés comme si elles étaient écrites, et lui dire qu'en conséquence il est inutile qu'il les écrive ou fasse écrire dans une forme solennelle, est-ce l'empêcher de faire un Testament? Il n'y pas un seul mot dans les lois romaines, qui permette de le supposer; et, à combien plus forte raison, ne le peut on pas sous le Code civil?

» Assurément une promesse verbalement faite à un mourant, d'exécuter ses dispositions verbales, ne peut pas avoir plus d'effet que si elle était écrite. Or, que signifierait une promesse que les sieur et dame Formica auraient faite par écrit à leur père et beau-père, d'exécuter ses prétendus legs verbaux? Rien: et pourquoi? Parceque cette promesse contiendrait à la fois et une renonciation des sieur et dame Formica à des objets dépendans d'une succession future, et un engagement de délivrer ces objets aux personnes que leur père et beau-père aurait voulu avantager; parceque l'art. 1130 du Code civil porte en toutes lettres qu'*on ne peut renoncer à une succession non ouverte, ni faire aucune stipulation sur une pareille succession, même avec le consentement de celui de la succession duquel il s'agit*; parcequ'il en est nécessairement de la partie comme du tout; parceque renoncer à une partie d'une succession future, promettre de délivrer une partie d'une succession future, c'est la même chose, aux yeux de la loi, que de renoncer à la totalité, que de promettre la totalité de cette succession.

» Eh! Comment une promesse qui, rédigée par écrit et revêtue de toutes les formalités extérieures d'un contrat, serait nulle, pourrait-elle, étant purement verbale, donner lieu à une action de dol et suppléer à un Testament solennel?

» Il ne peut pas y avoir de dol, là où la loi ne donne pas d'action; et celui là ne peut pas être censé agir frauduleusement, qui promet une chose dont il est ou doit être à la connaissance de celui à qui la promesse est faite, qu'on ne peut pas l'obliger à faire la délivrance. Il n'est permis à personne d'ignorer les lois, et personne n'est présumé les ignorer. Le feu sieur Buscaillone savait donc, ou si l'on veut, était donc censé savoir, que la promesse qui lui était faite d'exécuter ses legs verbaux, était radicalement nulle. Il ne peut donc pas être censé avoir eu confiance dans cette promesse.

(1) *V.* ci-dessus, sect. 2, §. 1, art. 2, n° 2, l'arrêt du conseil qui casse celui du parlement de Bordeaux du 9 mars 1739.

On ne peut donc pas supposer que cette promesse l'ait détourné de faire un Testament. La cour d'appel de Turin a donc violé, par son arrêt du 13 avril 1808, l'art. 1130 du Code civil.

» Le troisième fait n'est que la répétition du deuxième. A entendre la veuve Buscaillone, les sieur et dame Formica ont renouvelé *la même protestation et assurance* à leur père et beau-père, *pendant deux jours consécutifs et jusqu'à la fin des derniers momens de sa vie.* Supposons-le encore. Qu'en pourra-t-on conclure ?

» Que la promesse prétendue sur laquelle se fonde la veuve Buscaillone, ait été faite une ou plusieurs fois, qu'elle ait ou qu'elle n'ait pas été renouvelée pendant deux jours consécutifs, qu'elle ait ou qu'elle n'ait pas frappé les oreilles du sieur Buscaillone, dans les derniers instans de son existence, qu'est-ce que tout cela peut signifier ici ? Une promesse nulle ne devient pas valable, par cela seul qu'elle est réitérée, lorsque d'ailleurs les choses restent dans le même état où elles étaient au premier moment où elle a été faite. Vous aurez beau, tant que les choses restent dans cet état, réitérer dix fois, cent fois, mille fois un acte nul, vous ferez dix, cent, mille nullités : vous ne réparerez jamais la nullité qui a vicié cet acte dès son origine.

» Le quatrième fait n'est pas moins indifférent. A entendre la veuve Buscaillone, à peine son mari avait-il les yeux fermés, que les sieur et dame Formica ont déclaré à trois personnes tierces, qu'ils se croyaient liés par les dispositions verbales de leur père et beau-père, et que leur intention était de les accomplir. Mais quelle conséquence peut-on tirer de là ?

» Sans doute, cette déclaration, postérieure à la mort du sieur Buscaillone, serait obligatoire pour les sieur et dame Formica, si elle avait été faite en forme de promesse à la veuve Buscaillone, parcequ'elle renfermerait, de leur part, une reconciation implicite à l'action en nullité qui, dès-lors, leur était acquise contre les dispositions verbales de leur père et beau-père.

» Mais cette déclaration, ce n'est point à la veuve Buscaillone, c'est à des tiers que l'on prétend qu'elle a été faite. Or, ces tiers ont ils pu, par la seule circonstance qu'ils ont entendu cette déclaration, acquérir à la veuve Buscaillone le droit d'en exciper ? Non assument, *On ne peut*, dit l'art. 1119 du Code civil, *stipuler en son propre nom que pour soi-même ;* et le seul cas où l'on peut *stipuler au profit d'un tiers*, est, suivant l'art. 1121, *lorsque telle est la condition d'une stipulation que l'on fait pour soi-même, ou d'une donation que l'on fait à un autre.*

» La cour d'appel de Turin a donc, par son arrêt du 13 avril 1808, non-seulement fait une fausse application des art. 1382 et 1383 du Code civil, ce qui ne suffirait pas pour déterminer la cassation de cet arrêt, mais encore violé, et les art. 893, 895 et 969 qui n'admettent que des Testamens écrits, et l'art. 1130 qui prohibe toute stipulation relative à une succession future, et l'art. 1119 qui ne permet à chacun de stipuler que pour soi-même, et l'art. 1357 qui n'autorise la délation du serment judiciaire, qu'autant qu'il porte sur des faits décisifs.

» Quant à l'arrêt du 28 janvier 1809, il est évident qu'en préjugeant la divisibilité du serment des sieur et dame Formica, il se met en opposition avec l'art. 1356 du Code civil, aux termes duquel *l'aveu judiciaire ne peut être divisé contre* la partie qui l'a fait.

» Et ce qui n'est pas moins évident, c'est qu'en préjugeant que le serment prêté par les sieur et dame Formica, sur les prétendus legs verbaux, pourra être infirmé par celui qui est déféré à la veuve Buscaillone sur des faits étrangers à ces prétendus legs, il se met en opposition avec l'art. 1357 du même Code, qui fait *dépendre le jugement de la cause*, du serment déféré par une partie à l'autre, avec l'art. 1363 qui exclud toute preuve contraire à ce serment, et avec l'art. 1365 qui déclare que ce serment *forme preuve au profit de celui qui l'a déféré ou contre lui.*

» Dans ces circonstances et par ces considérations, nous estimons qu'il y a lieu, en ce qui concerne le recours en cassation contre les arrêts des 13 avril 1808 et 28 janvier 1809, de le déclarer non-recevable ; en ce qui concerne le recours en cassation contre l'arrêt du 30 mai 1809, de le rejeter ; de condamner les sieur et dame Formica aux amendes portées par le réglement ; faisant droit sur nos conclusions, casser et annuler, dans l'intérêt de la loi et sans préjudice de leur exécution entre les parties intéressées, les arrêts des 13 avril 1808 et 28 janvier 1809 ; et ordonner qu'à notre diligence, l'arrêt à intervenir sera imprimé et transcrit sur les registres de la cour d'appel de Turin ».

Par arrêt du 18 janvier 1813, au rapport de M. Delacoste ;

«Statuant d'abord sur la fin de non-recevoir opposée par la défenderesse au recours en cassation des mariés Formica, contre les arrêts des 13 avril 1808, 28 janvier 1809 et 30 mai de la même année ;

» Considérant, relativement à l'arrêt du 13

avril 1808, que, quoique rédigé avec des expresions convenables aux interlocutoires, cet arrêt était définitif, en ce qu'il déférait un serment décisoire, et en ce qu'il ne l'avait déféré qu'après contestation sur la question s'il y avait lieu ou non à la délation de ce serment; qu'ainsi, l'arrêt du 13 avril 1808 ne pouvait être attaqué par la voie de cassation que dans les trois mois du jour de la signification au domicile des demandeurs; que cette signification a été faite le 8 octobre 1808, et que le pourvoi en cassation n'a été formé que le 16 janvier 1811;

» Relativement à l'arrêt du 28 janvier 1809, que cet arrêt ayant été rendu sans contestation préalable sur les points qu'il préjuge, le délai fatal pour l'attaquer par la voie de la cassation, n'a pas couru du jour de la signification à domicile, faite le 2 mai suivant, mais bien du jour de la notification à domicile de l'arrêt définitif du 30 du même mois: que cette notification a été faite le 19 juillet 1809, et que l'arrêt du 28 janvier précédent n'a pareillement été attaqué par les mariés Formica que le 16 janvier 1811;

» Relativement à l'arrêt du 30 mai 1809, attendu que ce n'est pas de leur propre mouvement, mais d'après la poursuite de la défenderesse, et parcequ'ils y étaient contraints, que les demandeurs ont, en exécution de cet arrêt, procédé sur la question relative à la réduction des legs par eux réclamés subsidiairement;

» La cour, sans s'arrêter à cette fin de non-recevoir, passe au jugement sur le fond du pourvoi contre ledit arrêt du 30 mai 1809;

» Considérant que l'arrêt du 28 janvier 1809, non attaqué en temps utile, avait préjugé que, si la défenderesse prêtait, de la manière qu'elle l'a fait le 5 mai suivant, le serment à elle déféré par les art. 4, 5, 10 et 11 de l'exploit des mariés Formica, du 10 juin 1806, la cour d'appel de Turin pouvait, en définitive, diviser et écarter le serment prêté par les mariés Formica, en exécution de l'arrêt du 13 avril 1808; qu'ainsi, l'arrêt définitif du 30 mai 1809, en tant qu'il divise et écarte le serment, n'est que la conséquence de celui du 28 janvier précédent, et que la non-cassation de ce dernier arrêt nécessite le maintien de celui du 30 mai 1809;

» La cour déclare les demandeurs non-recevables dans leur pourvoi contre les arrêts du 13 avril 1808 et 28 janvier 1809, et rejette leur pourvoi contre l'arrêt du 30 mai 1809....;

» Et faisant droit sur les conclusions prises, dans l'intérêt de la loi, par le procureur général, à fin de cassation desdits arrêts du 13 avril 1808 et du 28 janvier 1809;

» Vu les art. 893, 895 et 969 du Code civil...;

» Considérant qu'il résulte de ces articles dudit Code, qu'il n'est permis de disposer de ses biens à titre gratuit, que par actes écrits et dans les formes prescrites par la loi, et que l'omission de ces formes entraine la nullité des dispositions;

» Attendu que l'arrêt du 13 avril 1808, en déférant le serment décisoire aux mariés Formica sur les faits articulés par la veuve Buscaillone, a jugé que la promesse faite par des héritiers présomptifs, d'acquitter des legs que leur auteur aurait déclaré vouloir consigner par écrit dans un Testament, doit donner lieu, contre les héritiers, à des dommages-intérêts de même valeur que les legs présumés, s'ils refusent d'acquitter ceux-ci;

» Et attendu que cette décision, qui donne à de simples discours la puissance de constituer des legs, introduit un moyen indirect de faire produire des effets à des Testamens verbaux, destitués de toutes les formes prescrites par le Code civil; d'où il résulte qu'elle est en contravention avec les articles cités de ce Code;

» Vu pareillement les art. 1356, 1357, 1363 et 1365 du même Code....;

» Attendu que l'arrêt du 28 janvier 1809 a préjugé que les sermens décisoires déférés par la veuve Buscaillone, et prêtés par les mariés Formica, en exécution de l'arrêt du 13 avril 1808, pourraient être divisés, et qu'ils cesseraient de faire preuve complette en leur faveur, dans le cas où ladite veuve Buscaillone prêterait à son avantage le serment à elle déféré sur des faits étrangers à ceux sur lesquels le serment décisoire avait été déféré par elle et fait par lesdits mariés Formica; d'où résulte une violation expresse de ces articles;

» La cour casse et annulle, dans l'intérêt de la loi et sans préjudice de leur exécution entre les parties intéressées, lesdits arrêts des 13 avril 1808 et 28 janvier 1809.... ».

Section V. *Quetions sur les faux dont un Testament peut être entaché.*

J'ai traité quelques-unes de ces questions à l'article *Témoin instrumentaire*, §. 2, n° 7; et ci-dessus, sect. 2, §. 3, art. 2, n° 2, *dixième question*; en voici d'autres.

§. I. *Lorsqu'un notaire, poursuivi criminellement comme coupable de faux dans la confection d'un Testament, a été*

mis hors de prévention, la partie intéressée à ce que cet acte soit jugé faux, est-elle encore recevable à l'attaquer, comme tel, devant les juges civils, par inscription de faux incident ?

J'ai établi l'affirmative dans mon *Recueil de Questions de droit*, au mot *Faux*, §. 6, n° 8.

§. II. 1° *Un Testament peut-il être annulé comme faux, sur le fondement que le testateur l'a signé d'un nom qui n'était pas le sien, mais qu'il portait habituellement et sous lequel il était connu dans la société?*

2° *Un Testament qui est declaré faux par un jugement criminel rendu à la poursuite de l'héritier* ab intestat, *contradictoirement avec les instigateurs du faux non gratifiés par cet acte, est-il, par cela seul, jugé faux envers les héritiers institués et les légataires ?*

3° *Quel est l'effet de la possession d'une hérédité ou d'effets héréditaires, continuée pendant trente ans, en vertu d'un Testament faux ?*

Ces questions ont été agitées et jugées dans l'espèce suivante, qui en présentait, en même temps, plusieurs autres que l'on trouvera indiquées sous les mots *Absent* (observation sur l'art. 114 du Code civil), *Appel*, sect. 1 §. 9, n° 11; *Contumace*, §. 3, n°s 1 et 11; *Créancier*, n° 3 8o; *Intervention*, §. 1, n° 3 *bis; Ministère public*, §. 7, n° 2 *bis; et Opposition à un jugement par défaut*, §. 3, art. 1, n° 15.

Le 3 octobre 1775, un secrétaire du roi du grand collége, portant le nom *d'Antoine Casse* et demeurant à Paris, fait un Testament par lequel il institue pour légataires universels, Jean-Baptiste Honoré Raymond et Paul-Marie Raymond, mineurs, qu'il qualifie ses petits-neveux; et lègue 1° une somme de 900,000 livres à François-Antoine Casse, son fils naturel; 2° une somme de 40,000 livres à Marie-André Raymond, sa petite-nièce, épouse de François-Antoine Casse; 3° la terre de Montpezat, à Marie Raymond, aussi sa petite-nièce, épouse du sieur Dispan.

Le testateur étant mort peu de temps après, Pétronille Lalanne, veuve de Pierre Raymond, mère et tutrice des légataires universels, obtient au châtelet, une sentence qui fait délivrance à ses enfans mineurs de leurs legs.

Le 2 juillet 1782, Guillaume *Ducasse*, se prétendant neveu d'Antoine *Casse*, fait assigner au châtelet Jean-Baptiste-Honoré et Paul-Marie Raymond, pour se voir condamner à lui remettre la succession dont ils se sont emparés.

Le 10 janvier 1783, (apparemment parce qu'avant cette assignation, il avait été fait, pour le même objet, d'autres procédures qui déjà étaient portées par appel au parlement de Paris,) arrêt qui ordonne que, sur les demandes contenues dans cette assignation, *les parties procéderont en la cour, suivant les derniers erremens*, avec défenses au châtelet d'en connaître.

Le 6 septembre suivant, autre arrêt qui accorde à Jean-Baptiste-Honoré et à Paul-Marie Raymond, main-levée provisoire des oppositions formées par Guillaume Ducasse entre les mains des fermiers, locataires et débiteurs de la succession d'Antoine Casse.

Le 12 juillet 1783, Guillame Ducasse rend, devant un commissaire du châtelet, une plainte expositive que l'auteur du Testament du 3 octobre 1775, ne se nommait pas *Antoine Casse*, mais *Bertrand Ducasse;* que Bertrand Ducasse était né à Bordeaux le 28 février 1719; qu'il s'était enrôlé dans un régiment d'infanterie, s'était marié deux fois, était passé à Saint-Domingue, et en était revenu avec une fortune considérable, toujours sous le nom de Bertrand Ducasse; qu'ayant fait la connaissance de Pétronille Lalanne, veuve de Pierre Raymond, cette femme, dans le dessein de s'approprier sa fortune en se faisant passer pour sa nièce, l'avait engagé à changer son vrai nom contre celui d'Antoine Casse; qu'à cet effet, elle avait fait venir de Castelmoron, et lui avait adapté l'acte de naissance d'un fils d'Antoine Cassé, son aïeul maternel, baptisé en 1710, sous le nom d'*Antoine Cassé*, fils de *Pierre Cassé*, *hôte*, et mort en 1711; que le sieur Valette, vicaire de la paroisse de Castelmoron, avait altéré cet acte, en substituant les mots *Antoine Casse* aux mots *Antoine Cassé*, et le mot *bourgeois* au mot *hôte;* qu'en conséquence, *Bertrand Ducasse* avait depuis porté le nom d'*Antoine Casse*, et que c'était sous ce faux nom qu'il avait fait son Testament.

Pendant qu'on instruit sur cette plainte, Guillaume Ducasse introduit au châtelet une troisième instance dans laquelle, supposant vacante la succession du prétendu Bertrand Ducasse, il y fait nommer un curateur; puis, paraissant borner ses prétentions aux biens que le prétendu Bertrand Ducasse a laissés dans la colonie de Saint-Domingue, il conclud

à ce que ce curateur soit condamné à les lui abandonner.

Le 2 avril 1785, sentence par défaut contre le curateur, qui adjuge cette demande à Guillaume Ducasse.

Jean-Baptiste-Honoré et Paul-Marie Raymond appellent de cette sentence.

Le 25 janvier 1787, arrêt qui joint cet appel à l'instance principale évoquée par l'arrêt du 6 janvier 1783.

Le 2 avril suivant, requête de Guillaume Ducasse, tendant « à ce que, faisant droit sur » la demande par lui formée au châtelet con» tre lesdits Raymond en désistement et dé» laissement de tous les biens de la succession » du prétendu Casse dont ils se sont emparés, » par dol, fraude et supposition de nom et de » personne, le Testament suggéré et fait par » le sieur Ducasse, sous le nom de Casse, pour » se donner, par supposition de nom et de » personne, un autre père et d'autres parens » que ceux que la nature lui avait donnés, » soit déclaré nul et de nullité absolue; en » conséquence, lesdits Raymond et tous autres » détenteurs soient condamnés, et par corps, » à lui rendre et restituer tous les biens dépen » dans de la succession dudit Ducasse, mobi» lière et immobilière....; faisant droit sur » l'appel de la sentence du 2 avril 1785, l'ap» pellation soit mise au néant; il soit ordonné » que ce dont est appel, sortira son plein et » entier effet....; sauf au ministère public à » prendre telles conclusions qu'il appartien» dra, relativement aux faux qui ont été com» mis ».

Le 27 août de la même année, ordonnance du lieutenant criminel du châtelet, qui, d'après l'information faite sur la plainte du 12 juillet 1784, décrète d'ajournement personnel le sieur Valette, vicaire de Castelmoron.

Guillaume Ducasse appelle de cette ordonnance, en ce qu'elle ne décrète pas le sieur Valette de prise-de-corps, et en ce qu'elle ne prononce rien à l'égard de ses complices.

Le 12 février 1788, requête de Guillaume Ducasse, tendant « à ce qu'il soit ordonné que » l'instance civile pendante en la cour entre les » parties, sera jointe au procès criminel dont » l'objet principal est le jugement d'un faux » qui détruit et anéantit toutes les prétentions » desdits Raymond frères, et sans le jugement » duquel faux on ne pourrait prononcer sur le » civil, sauf à être fait droit ensuite sur toutes » les réclamations dudit Ducasse; et à ce qu'il » soit donné acte audit Ducasse, des dénoncia» tions qu'il fait, en tant que besoin, de l'ap» pel pendant en la tournelle ».

Le 22 du même mois, trouvant dans la production de ses adversaires, un Testament passé devant un notaire à Saint-Domingue, le 18 juin 1764, par Antoine Casse, et employé pour prouver que, long-temps avant son retour de cette colonie, Antoine Casse portait le même nom qu'il avait constamment porté depuis, et affectionné la même famille en faveur de laquelle il avait depuis disposé par son Testament du 3 octobre 1765, Guillaume Ducasse présente une requête à fin de permission de s'inscrire en faux contre le premier de ces actes.

Le même jour, arrêt qui joint cette requête au fond.

Le 26 mars suivant, requête des sieurs Raymond frères; tendant « à ce que, sans s'arrê» ter ni avoir égard à la demande en inscrip» tion de faux dudit Ducasse, portée par sa » requête du 22 février dernier, dans laquelle » il sera déclaré purement et simplement » non-recevable, ou dont, en tout cas, il » sera débouté, les conclusions ci-devant par » eux prises, leur soient adjugés ».

Le 3 mai de la même année, nouvelle requête de Guillaume Ducasse, « à ce qu'il soit » sursis au jugement de l'instance, jusqu'à » ce qu'il ait été statué par la tournelle sur » l'instruction de faux ».

Le 5 du même mois, requête des sieurs Raymond frères, tendant à ce que Guillaume Ducasse soit déclaré non recevable dans sa demande en sursis, ou, en tout cas, qu'il en soit débouté.

Le 29 décembre suivant, arrêt définitif qui, « faisant droit sur le tout, en tant que tou» che l'appel interjeté par lesdits Raymond, » de la sentence du châtelet du 2 avril 1785, » met l'appellation et ce dont a été appelé au » néant, emendant, déboute ledit Guillaume » Ducasse de ses demandes; maintient et » garde les frères Raymond dans la propriété, » possession et jouissance des biens de la suc» cession d'Antoine Casse; leur fait main-levée » pure et simple des oppositions, saisies ar» rêts et autres empêchemens que ledit Guil» laume Ducasse a et peut avoir formés entre » les mains des fermiers, locataires et débi» teurs de la succession dudit Antoine Casse » et des frères Raymond; à l'effet de quoi, » déclare l'arrêt provisoire du 6 septembre » 1783 définitif; ordonne que les termes inju» rieux répandus dans les mémoires dudit » Guillaume Ducasse, seront supprimés; *sur* » *le surplus des demandes, fins et conclu*» *sions, met les parties hors de cour* ».

Le 9 janvier 1790, autre arrêt qui, faisant droit sur l'appel de l'ordonnance du lieutenant criminel, du 27 août, 1787, « met l'appella-

» tion et ce dont est appel au néant; émen-» dant, ordonne que la procédure commen-» cée au châtelet sera continuée, savoir, en » état de prise-de-corps contre ledit Valette, » et en état d'ajournement personnel contre » la veuve Raymond; sauf, par le lieutenant » criminel, à décerner d'autres décrets, s'il » y a lieu, par la suite de l'instruction, con-» tre qui il appartiendra ».

Le 3 mars suivant, ordonnance du lieutenant criminel du châtelet, qui, « faute par » la femme Raymond de s'être présentée, » convertit son décret d'ajournement person-» nel en décret de prise-de-corps ».

Le 17 septembre de la même année, autre ordonnance du même magistrat, qui règle le procès à l'extraordinaire.

Cependant, ni le vicaire Valette ni la veuve Raymond ne se présentent, et ils sont tous deux constitués en contumace.

L'affaire, en cet état, est portée, après la suppression du châtelet, devant le tribunal criminel provisoire du cinquième arrondissement de Paris.

Le 21 septembre 1792, jugement de ce tribunal, qui, « avant faire droit, ordonne qu'à » la diligence, soit de l'accusateur public, » soit de Guillaume Ducasse, toutes les piè-» ces produites par la femme Raymond, dans » l'instance pendante au ci-devant parlement » de Paris, entre cette dernière et ledit Guil-» laume Ducasse, et notamment le Testament » passé par Antoine Casse, devant notaires, » à Saint Domingue, le 18 juin 1764, seront » apportées et déposées au greffe; pour, sur » le vu desdites pièces, être statué ce qu'il » appartiendra ».

Le 12 octobre suivant, Guillaume Ducasse, pour satisfaire à ce jugement, fait au greffe un dépôt de pièces; mais en même temps il produit un certificat du bureau des colonies, constatant que le Testament du 18 juin 1764 ne s'y trouve pas.

Le 17 décembre de la même année, jugement définitif par lequel,

« Attendu que l'extrait de baptême délivré par Valette, n'est infidele qu'en ce qu'il substitue la qualité de *bourgeois* à celle d'*hôte* que l'acte donnait au père d'Antoine Casse, et que cette infidelité, quoique très-répréhensible, n'a pas été commise par lui méchamment et à dessein de nuire à autrui, mais seulement pour flatter la vanité de l'individu qui demandait cet extrait;

» Que, sur les autres faits de la plainte, ainsi que sur le fait ci-dessus, il n'existe aucune charge contre la femme Raymond;

» Le tribunal acquitte ledit Valette et la femme Raymond des accusations intentées contre eux par Guillaume Ducasse;

» Déboute en conséquence Guillaume Ducasse de sa demande en dommages-intérêts;

»Et attendu que les autres demandes dudit Guillaume Ducasse forment la matière d'une instance civile pendante au-cidevant parlement de Paris, le renvoie, à cet égard, à se pourvoir ainsi qu'il avisera, et le condamne aux dépens ».

Le ministère public et Guillaume Ducasse appellent de ce jugement, et leur appel est porté au tribunal du deuxième arrondissement de Paris.

Le 3 prairial an 2, jugement de ce tribunal qui,

» Attendu qu'il résulte des charges 1° que l'extrait baptistaire d'un prétendu Antoine Casse, fils de Pierre Casse, bourgeois à Castelmoron, signé *Valette*, et délivré le 14 octobre 1765, qui a été déposé au greffe du ci-devant châtelet, et qui est joint au procès, est faux, comme ne s'étant point trouvé sur les registres de la paroisse de Castelmoron, ainsi qu'il résulte du procès-verbal de vérification des ci-devant juges-mages de Toulouse;

« 2° Que ledit Valette a commis sciemment et avec intention le délit faux, depuis qu'il a déclaré qu'il avait copié littéralement et mot pour mot ledit extrait baptistaire, ce qui est une fausse déclaration et un double faux commis dans l'intention de favoriser les prétentions de la femme Raymond;

»3° Et enfin, que cet extrait baptistaire ne peut être adapté à celui d'Antoine Casse, fils de Pierre Cassé, hôte a Castelmoron, puisque cet enfant n'existait point en 1712, au décès du père, ainsi qu'il est constaté par les deux certificats du ci-devant curé de la paroisse de Castelmoron, délivrés en 1713, et qui ont été déposés aux archives de l'hôpital Saint-Joseph de Toulouse; et qu'au décès de la veuve Casse, arrivé en 1714, on n'a justifié, par aucun acte de tutelle et par aucun acte de partage, de l'existence de cet Antoine Casse; ce qui ne laisse aucun doute sur la vérité et l'authenticité des certificats du ci-devant curé de Castelmoron, qui donne la preuve qu'il n'existait que cinq enfans au décès de Pierre Cassé;

» Dit qu'il a été mal jugé par le jugement dont est appel, bien appelé d'icelui, émendant, et faisant droit sur les conclusions de l'accusateur public, déclare ledit Valette atteint et convaincu d'être l'auteur du faux dont il s'agit; déclare pareillement ladite femme Raymond atteinte et convaincue d'être la complice dudit faux pour en tirer profit et tout l'avantage, d'avoir pris faussement

la qualité de nièce de Ducasse sous le nom de Antoine Casse; et d'avoir également fait prendre à la famille de Pierre Cassé, hôte à Castelmoron, la qualité d'héritiers d'un individu qui était étranger à cette famille; et pour réparation, condamne ledit Valette et ladite femme Raymond, savoir, ledit Valette à huit années de fers, et ladite femme Raymond à pareil temps de réclusion, tous deux préalablement exposés aux regards du peuple pendant six heures, attachés chacun à un poteau, placé sur un échafaud qui sera dressé à cet effet en place de Grève.....; laquelle condamnation, au moyen de la contumace et de l'absence desdits Valette et femme Raymond, sera exécutée et transcrite sur un tableau attaché pour cet effet dans l'endroit accoutumé de la commune de Paris;

»Faisant droit sur celles de Guillaume Ducasse, *déclare* le prétendu *extrait* de baptême d'Antoine Casse, *faux, supposé* et comme non avenu; ordonne que les expéditions qui pourraient en avoir été délivrées, seront supprimées; comme aussi que l'extrait mortuaire du prétendu Antoine Casse étant sur les registres de la ci-devant paroisse de Saint-Laurent sera réformé, et que le nom de Bertrand Ducasse sera substitué à celui d'Antoine Casse, à quoi faire, seront tous dépositaires desdits registres contraints en vertu du présent jugement, dont mention sera faite sur lesdits registres, en marge dudit acte; quoi faisant, ils en seront bien et valablement quittes et déchargés; ordonne pareillement qu'il ne pourra être délivré à l'avenir aucun extrait ou expédition dudit acte, que dans les termes ci-dessus et conformément à ladite réformation;

» Déclare nuls et de nul effet tous les actes souscrits sous le faux nom de *Casse;* en conséquence, condamne la femme Raymond, ainsi que tous les autres détenteurs, à restituer les biens usurpés et qui dépendent de la succession de Bertrand Ducasse, ainsi que les fruits et revenus qu'ils pourraient en avoir perçus;

» Déclare pareillement nuls et de nul effet, tous les actes de vente, de cession qu'ils pourraient avoir faits de tout ou partie desdits biens, ainsi que tous actes et jugemens; autorise Guillaume Ducasse à faire toutes les poursuites nécessaires pour rentrer en possession des biens composant ladite succession; condamne ladite femme Raymond aux dommages intérêts à donner par état et en tous les dépens ».

Le 11 fructidor an 5, la veuve Raymond, se disant domiciliée à Marseille, se présente accompagnée d'un huissier, au concierge de la maison de justice du département des Bouches-du-Rhône, et lui déclare qu'elle veut se constituer prisonnière, pour purger la contumace par suite de laquelle a été rendu le jugement du 3 prairial an 2. L'huissier en dresse un procès-verbal qu'il signe, que signe également le concierge, mais que ne signe pas la veuve Raymond. En conséquence, la veuve Raymond est écrouée par le concierge.

Le deuxième jour complémentaire de la même année, la veuve Raymond présente au tribunal criminel du département des Bouches-du-Rhône, une requête en élargissement provisoire, motivée sur ce qu'originairement, elle n'était pas décrétée de prise-de-corps, et qu'elle ne l'a été que faute d'avoir obéi à un décret d'ajournement personnel.

Sur cette requête, arrêt du même jour qui, adoptant les conclusions du ministère public, « ordonne que Pétronille Lalanne, veuve de » Pierre Raymond, sera provisoirement mise » en liberté, à la charge par elle de se représen» ter toutes les fois qu'il sera dit et ordonné».

En germinal an 6, la veuve Raymond présente à la cour de cassation une requête tendant à un réglement de juges; elle y joint l'écrou du 11 fructidor an 5, mais elle ne fait pas mention de la mise en liberté provisoire qu'elle a obtenue depuis.

Sur cette requête, arrêt du 29 floréal an 6, qui, sans s'arrêter aux procédures faites au châtelet sur l'accusation de faux portée contre la veuve Raymond, lesquelles sont déclarées nulles pour cause d'incompétence, renvoie la plainte du 12 juillet 1784 au directeur du jury dans l'arrondissement duquel est située la commune de Castelmoron, lieu du délit prétendu.

Le 15 décembre 1807, Guillaume Ducasse, et Catherine Ducasse, femme Cedon, sa sœur obtiennent de la même cour un arrêt qui, avant de statuer sur leur opposition à celui du 29 floréal an 6, ordonne que leur requête sera communiquée à la veuve Raymond.

Le 8 juillet 1808, après une perquisition de laquelle il est résulté que la veuve Raymond a quitté Marseille depuis plusieurs années, et que son domicile actuel est inconnu, cette requête lui est signifiée par un exploit affiché à la porte de l'auditoire du tribunal de première instance de son dernier domicile, et visé par l'officier du ministère public.

Le 16 du même mois, la veuve Raymond meurt, mais son décès n'est notifié ni à Guillaume Ducasse, ni à la femme Cedon.

Le 30 janvier 1809, le greffier de la cour de cassation délivre à Guillaume Ducasse et à la femme Cedon, un certificat constatant que la veuve Raymond n'a, jusqu'à ce jour, déposé

au greffe aucun mémoire de défenses à la demande introduite par l'arrêt du 15 décembre 1807.

Le 21 février suivant, arrêt de la même cour par lequel,

« Vu l'art. 4 du tit. 3 de l'ordonnance du mois de juillet 1737, portant : *aucunes lettres ou arrêts de réglement de juges ne seront accordés, en matière criminelle, aux accusés contre lesquels il y aura un décret de prise-de-corps subsistant, s'ils ne sont actuellement prisonniers dans les prisons des juges qui auront rendu les décrets ou des cours supérieures auxdits juges, et s'il n'en rapportent l'écrou en bonne forme et attesté par le juge des lieux, en cas que l'accusé se soit remis dans d'autres prisons que celles desdites cours, lequel écrou sera signifié aux parties civiles, si aucunes y a, ou à leurs procureurs et à nos procureurs généraux et à leurs substituts, dans les juridictions royales dans lesquelles le procès sera pendant, ou aux procureurs des hauts-justiciers dans la justice desquels ils seront poursuivis, le tout; à peine de nullité ;*

» Et attendu qu'il résulte des pièces produites, que la veuve Raymond n'était point actuellement prisonnière, lorsqu'elle présenta sa requête sur laquelle est intervenu l'arrêt du 19 floréal an 6;

» D'où il suit qu'elle aurait dû, aux termes de l'article précité, être déclarée non-recevable dans sa demande;

» La cour donne défaut contre ladite Pétronille Lalanne, veuve Raymond, non comparante, et en adjugeant le profit, reçoit tant ledit Guillaume Ducasse que ladite Catherine Ducasse opposans audit arrêt du 29 floréal de l'an 6, lequel sera regardé comme non avenu, et remet, en conséquence, les parties au même état qu'elles étaient auparavant ledit arrêt; et, statuant sur la demande en réglement de juges, formée par ladite veuve Raymond, l'y déclare non-recevable et la condamne aux dépens ».

Avant de retracer les faits qui ont suivi cet arrêt, il faut en rappeler d'autres qui les avaient précédés.

Le 23 fructidor an 3, Guillaume Ducasse se fait mettre, par un huissier porteur de la grosse du jugement du 8 prairial an 2, en possession de la terre de Lavelannet, située dans le département de l'Arriége, et faisant partie de la succession de celui qu'il appelle *Bertrand Ducasse*.

Le sieur Soulié intervient dans le procès-verbal de l'huissier, et déclare s'opposer, au nom du sieur Paul-Marie Raymond, pour le compte duquel il régit cette terre, à la prise de possession de Guillaume Ducasse, attendu que Paul-Marie Raymond est propriétaire de cette terre, tant comme légataire universel pour moitié d'Antoine Casse, que comme héritier de son frère Jean-Baptiste-Honoré Raymond, son co-légataire.

Le 26 frimaire an 4, enregistrement d'un acte sous seing-privé, du 27 messidor an 3, par lequel Guillaume Ducasse a vendu la terre de Lavelannet à Gabriel Solages.

Le 17 nivôse suivant, Gabriel Solages revend cette terre à Pierre Dulac.

Le 6 prairial de la même année, Pierre Dulac fait signifier au sieur Soulié, régisseur de cette terre pour le compte de Paul-Marie Raymond, le jugement du 3 prairial an 2 et son contrat d'acquisition du 17 nivôse.

Le 7 et le 8 du même mois, il se met en possession de divers immeubles dépendans de la terre de Lavelannet.

Le 9, Paul-Marie-Raymond, poursuite et diligence du sieur Soulié, fait citer les agens de Pierre Dulac devant le juge de paix du canton de Lavelannet pour voir dire qu'il sera réintégré et maintenu dans sa possession d'an et jour et plus, et qu'il leur sera défendu de l'y troubler ultérieurement.

Le 24, jugement de la justice de paix qui prononce conformément aux conclusions de Paul-Marie-Raymond.

Sur l'appel, jugement du tribunal civil du département de l'Arriége, du 16 messidor suivant, qui ordonne l'exécution provisoire de celui de la justice de paix.

Le 2 thermidor suivant, Pierre Dulac fait assigner Pierre-Marie-Raymond, au domicile du sieur Soulié, devant le tribunal civil du département de la Seine, pour s'y voir débouter de toutes ses exceptions contre l'exécution du jugement du 3 prairial an 2.

Le 9 frimaire an 5, jugement du tribunal civil de l'Arriége, qui confirme définitivement celui de la justice de paix du canton de Lavelannet.

Le 3 nivôse suivant, Pierre Dulac se pourvoit à la cour de cassation en réglement de juges.

Le 18 prairial de la même année, Pierre-Marie-Raymond répond à cette demande.

Le 21 ventôse an 6, arrêt par lequel,

« Attendu que l'action en réintégrande intentée devant le tribunal de paix du canton de Lavelannet, était, par sa nature, de la compétence de ce tribunal, dans l'arrondissement duquel le trouble et la dépossession dénoncés comme opérés par voies de fait, avaient été commis; que, par l'effet de l'ap

pel du jugement du juge de paix, l'action avait du être portée sur l'appellation devant le tribunal de l'Arriège, à qui la loi attribue la connaissance des appels des juges de paix de son arrondissement, et dans l'arrondissement duquel se trouve le canton de Lavelannet;

» Considérant qu'en matière de réintégrande, pour cause de trouble à la possession, les motifs de décision doivent résulter principalement de la possession et non des titres, quelque influence que les titres puissent avoir au pétitoire; qu'en conséquence, la circonstance que Ducasse avait obtenu, contre des tiers, un jugement par contumace sur plainte en faux, au tribunal du deuxième arrondissement de Paris, en 1790, ne pouvait fonder de déclinatoire contre le juge de paix de Lavelannet, ni contre le tribunal de l'Arriège;

» Que d'ailleurs, s'il eût pu être question d'appliquer au différend sur la réintégrande les titres respectifs des parties, Raymond produisait, à l'appui de sa possession et de ses droits, un arrêt du parlement de Paris, du 29 décembre 1788, contradictoirement rendu avec et contre Ducasse, et qui maintient définitivement Raymond dans la propriété, possession et jouissance des biens de la succession d'Antoine Casse, d'après lequel arrêt, contre lequel il n'a pas été admis de pourvoi, toutes actions appartenantes aux ayant droit d'Antoine Casse, peuvent être formées pardevant les juges naturels et compétens, soit à raison de la matière, soit à raison du domicile des personnes, suivant les distinctions et dispositions de droit;

» Le tribunal rejette les requêtes et demandes de Dulac et consorts en règlement de juges ».

Le 8 août 1809, Guillaume Ducasse fait assigner Paul-Marie Raymond devant le tribunal de première instance de Foix, pour se voir condamner à lui délaisser la terre de Lavelannet, conformément au jugement du 3 prairial an 2.

Le 18 du même mois, Paul-Marie Raymond ne comparaissant pas sur cette assignation, jugement par défaut qui le condamne au délaissement.

Le 28 du même mois, opposition à ce jugement de la part de Marie-André Raymond, veuve de François-Antoine Casse, et de Pierre-Paul Casse, son fils, *agissant comme possesseurs et propriétaires légitimes de la terre de Lavelannet.*

Le 21 novembre 1809, jugement par lequel,

« Considérant que la voie de l'opposition n'est ouverte qu'aux personnes qui, ayant été appelées en cause, n'ont point comparu et ont laissé prononcer un jugement par défaut; que ce principe est consacré par les dispositions précises des art. 149 et suivans du Code de procédure civile, et peut d'autant moins prêter à l'équivoque, que les art. 160, 161 et suivans du même Code veulent, à peine de rejet, que l'opposition soit formée par requête contenant les moyens sur lesquels est fondée ladite opposition, ce qui ne peut s'entendre que des moyens que la partie défaillante peut avoir pour repousser les demandes qui lui sont faites; que les parties de Carbon n'ayant point été appelées en cause, et le jugement du 18 août dernier n'ayant pas été rendu contr'elles, n'ont pu y former opposition; qu'il en pourrait être autrement si la mort de Paul-Marie Raymond, condamné par le jugement de défaut, était justifiée, et si les parties de Carbon se présentaient comme ses héritiers;

» Considérant, en second lieu, que, dès que l'opposition des parties de Carbon n'est point recevable, il est inutile de s'occuper des conclusions par elles prises;

» Par ces motifs, le tribunal, jugeant en premier ressort, faisant droit aux conclusions de la partie de Passenaud, a déclaré et déclare les parties de Carbon non-recevables en leur opposition; ce faisant, a ordonné et ordonne que le jugement du 18 août dernier sortira son plein et entier effet quant à présent, sauf aux parties de Carbon à se pourvoir ainsi qu'elles aviseront.... ».

La veuve de François-Antoine Casse, tant en son nom que comme tutrice de ses enfans mineurs, et Pierre-Paul Casse, son fils majeur, appellent de ce jugement ainsi que de celui du 18 août précédent et concluant à ce qu'il plaise à la cour d'appel de Toulouse, « disant » droit de l'appel par eux relevé, envers les jugemens rendus par le tribunal de Foix, les 18 » août et 21 novembre 1809, et en tant que de » besoin, sur l'opposition qu'ils forment envers » le jugement dudit jour 18 août 1809, annulant » ou réformant lesdits jugemens, sans avoir » égard à la demande de Guillaume Ducasse en » délaissement de la terre de Lavelannet, et au » surplus de ses conclusions, et l'en démettant » tant par fin de non-revoir que par toutes autres voies et moyens, sans s'arrêter au jugement du 3 prairial an 12, comme à eux étranger ainsi qu'à Paul-Marie Raymond, les maintenir et garder dans la paisible possession et » jouissance de la terre de Lavelannet ».

Sur cet appel, les frères, les sœurs, les neveux et les nièces de Guillaume Ducasse interviennent et adhèrent à ses conclusions.

La cause portée à l'audience de la cour d'appel de Toulouse, le ministère public observe que Paul-Marie Raymond est absent, et requiert qu'il soit nommé, conformément à l'art. 114 du Code civil, un administrateur provisoire à ses biens, lequel sera ensuite mis en cause.

Par arrêt du 28 août 1810, la cour, après avoir reçu les frères, sœurs, neveux et nièces de Guillaume Ducasse parties intervenantes,

« Considérant qu'il est reconnu que, depuis bien plus de quatre ans, on n'a eu aucunes nouvelles de Paul-Marie Raymond, parti pour Saint-Domingue; qu'ainsi, on doit le présumer absent; que, dès-lors, pour régulariser la cause, il faut, conformément aux réquisitions de M. le procureur général, pourvoir aux intérêts de Paul-Marie Raymond, suivant les art. 112 et 114 du Code civil, et ordonner qu'il sera nommé un administrateur aux biens du présumé absent, lequel administrateur sera aussi mis en cause;

» Ordonne que la partie la plus diligente se retirera devers le tribunal du dernier domicile connu en France, de Paul-Marie Raymond, pour qu'il y soit pourvu, aux formes de droit, à l'administration des biens dudit Paul Marie Raymond; quoi fait, elle sera tenue de mettre en cause l'administrateur desdits biens, pour ensuite être statué définitivement ce qu'il appartiendra; les dépens demeurant réservés ».

En exécution de cet arrêt, la veuve de François-Antoine Casse, et Pierre-Paul Casse, son fils, obtiennent au tribunal civil de l'arrondissement de Marseille, lieu du dernier domicile de Paul-Marie Raymond, un jugement qui nomme le sieur Marian, administrateur des biens de celui-ci.

Le 3 novembre de la même année, le sieur Marian est, en cette qualité, assigné dans la cause pendante à la cour de Toulouse, sur l'appel des jugemens des 18 août et 21 novembre 1809; et il y est reçu partie par arrêt contradictoire du 26 du même mois.

En conséquence, il conclud à ce qu'il plaise à la cour le recevoir appelant des jugemens des 18 août et 21 novembre 1809; et, en tant que de besoin, opposant au premier de ces jugemens.

Le 17 janvier 1811, après une plaidoirie de trois audiences, arrêt définitif ainsi conçu:

« Faut-il, disant droit sur les appels des jugemens des 21 novembre et 18 août 1809, recevoir les parties de Druille (1) et de Richard (1), opposantes envers ce dernier jugement, ou bien rejeter les conclusions prises par la partie de Richard?

» Faut-il, au contraire, disant droit sur les oppositions, déclarer le jugement du 18 août 1809 comme non-avenu, et remettre les parties au même état qu'elles étaient auparavant? Faut-il, dans ce cas, sans s'arrêter au jugement du 3 prairial an 2, relaxer la partie de Richard, ou Paul-Marie Raymond de la demande en délaissement de la terre de Lavelannet?

» Faut-il, moyennant ce, maintenir les parties de Druille dans la possession de la terre de Lavelannet, jusqu'au paiement des sommes à elles dues sur la succession de feu Antoine Casse?

» Attendu que, si le défaut de preuve du décès de Paul-Marie Raymond empêchait de reconnaître Marie-André Raymond, sa sœur, pour son héritière, le défaut de preuve de l'existence de Paul-Marie Raymond, joint aux autres circonstances résultant de la notoriété publique, le mettait dans la classe des présumés absens, et qu'alors, le tribunal de première instance devait, avant de repousser absolument ladite Marie-André Raymond, agissant pour conserver les droits de Paul-Marie Raymond, pourvoir à la conservation de ces mêmes droits, comme il a été fait depuis par l'arrêt préparatoire de la cour, du 28 août 1810;

» Attendu que le créancier peut exercer les droits de son débiteur; que Marie-André Raymond, veuve Casse, et les Casse ses enfans, légataires d'Antoine Casse, sont créanciers de Paul-Marie Raymond, son légataire universel; et que la voie de la simple opposition est ouverte à Paul-Marie Raymond envers le jugement du 18 août 1809, rendu contre lui en défaut; d'où il suit que ladite veuve et les enfans Casse ont pu attaquer ledit jugement par cette voie;

» Attendu que les tiers peuvent s'opposer aux jugemens qui les lèsent, et que le jugement du 18 août 1809, qui admet, en principe, la nullité du Testament d'Antoine Casse, et confère à Guillaume Ducasse, comme héritier du sang, la propriété de la terre de Lavelannet, dépendante de la succession dudit Antoine Casse, préjudicie aux droits de la veuve et des enfans Casse, non-seulement en ce qu'il leur ôte la possession qu'ils ont de ladite terre, mais encore, en ce qu'il rend illusoire, et anéantit même, le droit direct à eux compétent, comme légataires

(1) La veuve de François-Antoine Casse et Pierre-Paul Casse.

(1) L'administrateur aux biens de Paul-Marie Raymond.

d'Antoine Casse, sur la succession et sur les biens qui en dépendent; d'où il suit que la veuve et les enfans Casse ont pu attaquer ledit jugement par la voie de la tierce-opposition;

» Attendu que la loi n'établissant pas des formalités pour les oppositions, la veuve et les enfans Casse, en s'opposant, comme héritiers de Paul-Marie Raymond et comme possesseurs de la terre de Lavelannet, ont suffisamment expliqué qu'ils formaient et la simple opposition et la tierce-opposition; que l'une et l'autre opposition mettant en question les droits de Paul-Marie Raymond, il convenait d'appeler à leur examen et à leur jugement ledit Paul Marie Raymond, ou l'administrateur de ses biens, de manière que les parties ayant négligé de le faire, le tribunal de première instance n'a pu se dispenser d'ordonner d'office cette mise en cause, sans manquer à son devoir de protéger le présumé absent;

» Attendu qu'en se prévalant en cause d'appel, de la qualité de créancier de Paul-Marie Raymond et de légataire d'Antoine Casse, qu'ils ont négligée en première instance, la veuve et les enfans Casse ne varient pas dans le but, mais seulement dans le moyen de leur opposition, en sorte qu'il y a meilleure défense permise, et nullement nouvelle demande interdite; que l'expression, *biens*, comprend les actions, et que l'administration des biens emporte le pouvoir d'agir en justice pour leur conservation, qui est la fin de l'administration et le devoir de l'administrateur; d'où il suit que Marian, comme il procède, a qualité pour exercer les actions de Paul-Marie Raymond, et pour prendre telles conclusions que l'intérêt de celui-ci suggère;

» Attendu que la contestation entre la veuve et les enfans Casse, d'une part, et Guillaume Ducasse et ses consorts, d'autre, touchant aux intérêts de Paul-Marie Raymond, celui-ci pouvait y intervenir en tout état de cause, puisqu'il aurait le droit d'y former tierce opposition, si elle avait été terminée sans lui; que Paul-Marie Raymond pouvant intervenir dans cette contestation, il a pu y être appelé; que, devenu partie dans la cause, on ne peut lui refuser la faculté de proposer les demandes, et à plus forte raison, les exceptions que sa meilleure défense lui conseille;

» Qu'ainsi, lorsque Guillaume Ducasse combat, avec le jugement du 18 août 1809, la demande de Paul-Marie Raymond en maintenue de la propriété de la terre de Lavelannet, Paul-Marie Raymond peut opposer à ce jugement, le moyen pris de ce qu'il l'a condamné sans l'avoir entendu; que cette opposition étant incidente à une contestation dont la cour est saisie, c'est à la cour d'en connaître; et que ce serait même en vain que Paul-Marie Raymond attaquerait ce jugement par action principale devant le tribunal qui l'a rendu, puisque cette action, dans laquelle la veuve et les enfans Casse interviendraient, s'ils n'y étaient pas appelés, provoquant devant le tribunal inférieur une contestation pareille, ou au moins très-connexe celle pendante devant le tribunal supérieur, celui-là serait tenu de renvoyer l'affaire à celui-ci, pour cause de litispendance ou de connexité;

» D'où il suit que c'est régulièrement que l'administrateur des biens de Paul-Marie défère à la cour, par la voie de simple opposition, le jugement du 18 août 1809;

» Attendu que ce jugement ayant été rendu par défaut et n'étant pas encore exécuté, ledit administrateur est recevable à s'y opposer;

» Attendu qu'au fond, le succès de l'opposition de l'administrateur et de celle de la veuve et des enfans Casse dépend, en dernière analyse, de la solution de la question de propriété touchant la terre de Lavelannet;

» Et, sur cette question, attendu, d'un côté, que cette terre dépend de la succession d'Antoine Casse, qui laissa Paul-Marie Raymond et son frère pour ses légataires universels; que l'ouverture de la succession et la possession de la susdite terre, par Paul-Marie Raymond ou ses ayant-causes, remonte au mois d'octobre 1775; que les consorts de Guillaume Ducasse n'ont exercé leurs prétendus droits à la succession et aux biens en dépendant, que le 7 juin 1810; et que la pétition d'hérédité ni la revendication d'un immeuble n'étant pas indivisibles, l'action de Guillaume Ducasse n'a pu profiter à ses consorts; d'où il suit que les prétentions de ceux-ci sur la terre de Lavelannet, sont irrecevables, au moyen de la prescription qui s'est opérée par le laps de plus de trente ans;

» Attendu, d'un autre côté, que, si les prétentions de Guillaume Ducasse à la possession de cette terre, ne sont pas repoussées par le même moyen, sous prétexte d'une interruption résultant de la prise de possession du 6 prairial an 3, et de l'instance au possessoire qui s'en ensuivit, elles le sont par une autre fin de non-recevoir, prise de la chose jugée par arrêt du parlement de Paris, du 29 décembre 1788, contradictoire entre Guillaume Ducasse et les légataires universels d'Antoine Casse, et contre lequel il n'y a plus de recours, qui a maintenu les légataires dans la propriété et la possession de la succession dudit Antoine

Casse et de tous les biens la composant ;

» C'est en vain que Guillaume Ducasse crut renverser cet arrêt par le jugement du tribunal criminel du deuxième arrondissement de Paris, du 3 prairial an 2, rendu par contumace contre le vicaire Valette et la femme Raymond ; ce jugement n'est afférent à la question de propriété agitée, qu'autant que, par conséquence de la condamnation prononcée contre la femme Raymond, comme convaincue d'avoir pris faussement la qualité de nièce de Ducasse (Antoine Casse), et d'avoir fait prendre à la famille de Pierre Casse (aux enfans de la Raymond), hôte à Castelmoron, la qualité d'héritiers d'un individu étranger à cette famille (Antoine Casse), il déclare nuls tous les actes souscrits sous le prétendu faux nom d'Antoine Casse, condamne la femme Raymond et tous les autres détenteurs à restituer les biens usurpés dépendans de la succession de Bertrand Ducasse (Antoine Casse), autorise Guillaume Ducasse à faire toutes les poursuites nécessaires pour rentrer en possession des biens ;

» Mais si ce jugement demeure depuis long-temps comme non avenu, quant à ses dispositions principales touchant la femme Raymond, il a le même sort quant à ses dispositions accessoires relatives aux actes émanés d'Antoine Casse et aux biens qu'il a laissés.

» Or, ce jugement s'est anéanti de plein droit, suivant l'art. 476 de la loi du 3 brumaire an 4, à l'égard de la femme Raymond, lorsqu'elle se représenta et fut écrouée, le 12 fructidor an 5, dans la maison de justice du tribunal criminel du lieu de son domicile ;

» Peu importe que la prisonnière ait obtenu, quelques jours après, sa liberté provisoire, à la charge de se représenter, condition qu'elle n'a jamais violée ; son absence de la prison pouvait bien, d'après l'art. 4 du tit. 3 du réglement de 1737, rendre l'accusée irrecevable à se pourvoir en réglement de juges ; mais il suffisait que cette absence fût autorisée par justice, pour qu'elle ne pût pas constituer l'accusée en état de contumace, et encore moins rendre l'existence à un jugement anéanti ;

» D'un autre côté, ce jugement fut annulé dans l'intérêt de la femme Raymond, par l'arrêt de la cour de cassation, du 29 floréal an 6. Il est vrai que cet arrêt a été rapporté par un autre du 27 février 1809 ; mais celui-ci est comme non avenu ; puisqu'il a été rendu après le décès de la femme Raymond, arrivé le 16 juillet 1808, qui, aux termes de l'art. 7 de la loi du 3 brumaire an 4, avait éteint l'action criminelle dont elle pouvait être passible, et conséquemment interdit toute procédure ultérieure ; ou si l'arrêt du 29 février 1809 a eu quelqu'effet, il a remis la femme Raymond au même état qu'elle était immédiatement avant l'arrêt du 29 floréal an 6 ; et comme, à cette époque, elle était, sinon libre de toute contumace, du moins dans le délai pour la purger, et qu'il la faut considérer comme décédée à la même époque, le laps de temps entre les deux arrêts ne pouvant lui être opposé, il sera vrai de dire qu'elle est morte dans l'intégrité de ses droits ; ainsi, l'anéantissement du jugement du 3 prairial an 2 résulte à la fois de la représentation de l'accusée, de son décès, de l'arrêt du 29 floréal an 6 et même de celui du 27 février 1809 ;

» Si ce jugement existait, il ne pourrait être un titre pour Guillaume Ducasse contre Paul-Marie Raymond, la veuve Casse et ses enfans, parcequ'il n'a pas été rendu contr'eux nominativement ; que d'ailleurs, ils n'ont pas été entendus ni appelés, et qu'ils ne tiennent pas la terre de Lavelannet, objet de la revendication exercée sur le fondement de ce jugement, d'aucune partie condamnée. Pour se soustraire à son effet, il suffirait auxdits Raymond, veuve et enfans Casse, de dire qu'il leur est étranger, sans être tenus de l'attaquer par la tierce-opposition ; car cette voie présentée au tiers, lorsqu'il veut empêcher l'exécution d'un jugement de la part de ceux entre lesquels il a été rendu, n'est que facultative, lorsque le tiers se borne à refuser l'exécution poursuivie contre lui d'un jugement dans lequel il n'est pas partie ;

» Au surplus, le jugement du tribunal civil de l'Arriége, en date du 9 floréal an 5, confirmé par arrêt de la cour de cassation, du 21 ventôse an 6, qui tint pour une voie de fait illicite la prise de possession de la terre de Lavelannet, par Guillaume Ducasse, en vertu du jugement du 3 prairial an 2, et accorde à Paul-Marie Raymond la réintégrande en ladite terre, a jugé irrévocablement que ce jugement du tribunal criminel du deuxième arrondissement de Paris, du 3 prairial an 2, n'était pas exécutoire contre Paul-Marie Raymond. Or, le moyen de concevoir la nécessité de l'opposition envers un jugement qui n'est pas susceptible d'exécution ?

» En fût-il autrement, la cour, tribunal égal à celui qui a rendu le jugement du 3 prairial an 2, aurait été compétente pour statuer sur l'opposition incidente envers ce jugement, si elle avait été formée subsidiairement par l'administrateur des biens de Paul-Marie Raymond ; et le succès de cette opposition, recevable dans la forme, n'aurait dû éprouver, au fond, aucune difficulté ;

» Ainsi, sous quelque rapport qu'on le con-

sidère, le jugement du 3 prairial an 2 est une arme impuissante contre l'arrêt du parlement de Paris, du 29 décembre 1788; dès-lors, la question de propriété touchant la terre de Lavelannet, est jugée en faveur de l'administrateur des biens de Paul-Marie Raymond; et le succès de l'opposition dudit administrateur et de la veuve et des enfans Casse, envers le jugement du 18 août 1809, demeure assuré;

» Attendu que la veuve Casse, est, à raison du legs particulier à elle fait par Antoine Casse, créancière d'une somme de 40,000 francs, de la succession dont Paul-Marie Raymond est un des légataires universels; que les enfans Casse, héritiers de François-Antoine Casse, leur père, sont aussi créanciers de la même succession du legs de 600,000 francs, laissé à ce dernier par le même Antoine Casse; et que c'est en nantissement de ces créances que Paul-Marie Raymond leur remit, il y a plusieurs années, la possession et jouissance du domaine de Lavelannet; c'est avec justice que la veuve et les enfans Casse demandent, et que l'administrateur des biens de Paul-Marie Raymond leur accorde la possession de ladite terre, jusqu'à ce qu'ils auront été payés de leurs legs, tout en maintenant la propriété en faveur de Paul-Marie Raymond;

» Attendu que la veuve et les enfans Casse ayant gardé, malgré le procès actuel, la jouissance de la terre de Lavelannet, n'ont souffert aucun dommage; et que, par conséquent, elles ne doivent pas en obtenir d'indemnité;

» Par ces motifs, la cour, relativement au jugement rendu par le tribunal de Foix, le 21 novembre 1809, met les appellations et ce dont est appel au néant; émendant, reçoit la partie de Richard et celle de Druille bien opposantes envers le jugement du 18 août 1809: et pour le profit desdites oppositions, a déclaré et déclare ledit jugement du 18 août 1809 comme non avenu, et remet les parties au même état qu'elles étaient avant icelui;

» Statuant sur le *fond* des contestations mues en première instance et en cour d'appel, disant droit définitivement aux parties, sans s'arrêter au jugement du tribunal criminel du deuxième arrondissement de Paris, du 3 prairial an 2, et prenant droit de l'arrêt du parlement de Paris, du 29 décembre 1788, a relaxé et relaxe la partie de Richard de la demande en délaissement et de toutes autres formées contr'elle ou celui qu'elle représente, par la partie d'Astre et celles de Malafosse; a autorisé et autorise les parties de Druille à se maintenir dans la possession de la terre de Lavelannet, jusqu'au paiement de leurs droits sur la succession d'Antoine Casse; sur toutes les autres demandes, fins et conclusions des parties, et spécialement sur la demande en dommages-intérêts de la partie de Druille, met lesdites parties hors de cour et de procès; a condamné et condamne les parties d'Astre et Malafosse aux dépens, chacun les concernant, envers les parties de Druille et de Richard, la taxe réservée, et seront les amendes restituées ».

Le 21 mars suivant, autre arrêt pour l'intelligence duquel il faut reprendre quelques faits de plus haut.

On se rappelle que, par son Testament du 3 octobre 1775, Antoine Casse avait légué la terre de Montpezat à Marie Raymond, épouse du sieur Dispan, et l'une des filles de Pétronille Lalanne, veuve de Pierre Raymond.

Marie Raymond a recueilli ces legs, et en a transmis l'objet au sieur Dispan, son mari, qu'elle a institué, en mourant, son héritier universel.

Dans la suite, Guillaume Ducasse ayant prétendu se mettre en possession de la terre de Montpezat, en vertu du jugement du 3 prairial an 2, le sieur Dispan s'est pourvu contre lui en complainte.

Le 13 frimaire an 4, jugement qui maintient le sieur Dispan dans sa possession, le pétitoire réservé à Guillaume Ducasse.

Le 28 floréal an 5, Guillaume Ducasse se pourvoit en effet au pétitoire, et fait assigner le sieur Dispan devant le tribunal civil du département de la Haute-Garonne, en délaissement de la terre de Montpezat.

Le 27 thermidor suivant, le sieur Mourlhon, se disant acquéreur de la terre de Montpezat, et par conséquent subrogé aux droits de Guillaume Ducasse, fait également citer le sieur Dispan devant le tribunal civil de la Haute-Garonne, en délaissement de cette terre.

Le sieur Dispan se présente sur l'une et l'autre assignation; mais les deux instances restent sans poursuites.

Le 8 juillet 1809, Guillaume Ducasse fait citer le sieur Dispan au bureau de paix, pour se concilier sur la demande qu'il se propose de former contre lui, en délaissement de la terre de Montpezat.

Le sieur Dispan comparaît, et oppose l'exception de litispendance qu'il fonde sur les instances commencées par les exploits d'assignation des 28 floréal et 27 thermidor an 5.

Guillaume Ducasse nie que ces assignations aient été données, et aient été le principe d'aucune instance.

En conséquence, procès-verbal de non-conciliation.

Le 24 du même mois, Guillaume Ducasse fait assigner le sieur Dispan devant le tribunal civil de Saint-Gaudens, et demande que, vu le jugement du 3 prairial an 2, le sieur Dispan soit condamné à lui abandonner la terre de Montpezat.

Le 29 mai 1810, jugement contradictoire par lequel,

« Considérant que le jugement du 3 prairial de l'an 2, qui fait tout le fondement de l'action intentée par Guillaume Ducasse, est étranger au sieur Dispan et à la dame Marie Raymond qu'il représente, puisqu'ils n'y ont été ni parties ni appelés; que ce jugement, rendu uniquement contre le vicaire Valette et la veuve Raymond, étrangers à la succession d'Antoine Casse, peut d'autant moins être opposé au sieur Dispan, légataire médiat de ce dernier, qu'il ne pourrait pas même lui être opposé, alors qu'il aurait été rendu contre les frères Raymond, légataires universels, parcequ'il est de principe que la chose jugée avec un co-héritier ne nuit point aux autres, ni aux légataires non appelés : *Res inter alios judicata, aliis non præjudicat;*

» Qu'on peut même dire que le jugement de l'an 2, qui est le seul titre de Guillaume Ducasse, ne subsiste plus, même à l'égard de la dame Raymond, parcequ'étant rendu par contumace contre elle, elle anéantit la condamnation, par la seule mise en état dans les prisons d'Aix, le 11 fructidor de l'an 5; qu'aux termes de l'art. 18 du tit. 7 de l'ordonnance de 1670, la seule représentation du condamné contumax purge la condamnation de plein droit, et sans qu'il soit besoin de jugement; que, suivant la doctrine de tous les temps et la jurisprudence criminelle, il n'était pas besoin, pour cet effet, de se constituer dans les prisons du juge qui avait condamné, et il suffisait de se constituer dans les prisons d'une juridiction quelconque; qu'outre que tel était l'usage et la jurisprudence attestée par tous les auteurs, ce point a été consacré par la cour de cassation, par son arrêt du 19 floréal an 6, qui avait reglé et jugé, en annulant les procédures faites au châtelet, au parlement et aux tribunaux d'arrondissement de Paris, parceque ces divers juges en avaient incompétemment connu; qu'à la vérité, cet arrêt a été rapporté par celui du 21 février 1809, obtenu de la même cour, par Guillaume Ducasse; mais il ne faut pas confondre les effets de ce retractement. Il ne faut pas en induire qu'il ait fait revivre les contumaces prononcées par le jugement du 3 prairial an 2. Ces contumaces étaient éteintes de plein droit, et sans qu'il fût besoin de jugement, par la seule mise en état de la veuve Raymond; et ce n'était plus dans l'objet de les faire déclarer anéanties, que le recours sur lequel fut rendu le jugement de l'an 6, avait eu lieu. La dame Raymond ne s'était pourvue que pour se faire régler de juges, à l'effet de subir son interrogatoire, et détruire la prévention résultant de la plainte, et emporter le décret d'ajournement personnel et de prise-de-corps qui continuait de subsister, nonobstant la mise en état; que l'arrêt du 21 février 1809, en replaçant les parties au même état qu'elles étaient avant celui du 29 floréal de l'an 6, a fait revivre seulement les décrets d'ajournement personnel et de prise de corps qui avaient été annulés, pour raison de l'incompétence des juges qui les avaient lancés, mais la cour ne s'est pas occupée, ni n'a pu s'occuper des contumaces, parceque cela n'entrait point dans ses attributions, et qu'elles étaient purgées de droit, sans son intervention, par le seul fait de la mise en état; que, si la cour a rapporté le précédent arrêt qui réglait de juges, c'est parceque, aux termes de l'ordonnance de 1737, sur le réglement de juges, en matière criminelle, la demande en réglement n'est recevable qu'autant que le contumax est actuellement en état, lorsqu'il donne sa requête en réglement; et comme Guillaume Ducasse établissait que la dame Raymond avait obtenu une ordonnance de mise en liberté provisoire, antérieurement à sa demande en réglement, il y avait eu contravention à l'ordonnance, et il y avait lieu de rapporter l'arrêt de réglement, et à l'y déclarer non-recevable; qu'il n'y a donc aucune conséquence à tirer de ce dernier arrêt, par rapport aux effets de la mise en état qui restent les mêmes; que la dame Raymond ayant continué d'être sous la main de la justice, malgré l'ordonnance de mise en liberté provisoire, les contumaces ont demeuré purgées par cela seul, sauf à prêter interrogatoire, ce qu'elle ne peut faire aujourd'hui, puisque ladite dame était décédée déjà avant l'arrêt de février 1809; que, dès-lors, il est incontestable que ce jugement criminel de l'an 2, sur lequel la demande est fondée, ne subsiste plus, et le demandeur se trouvant ainsi sans titre, il doit être repoussé par fin de non-valoir;

» Qu'indépendamment de cette exception, et en supposant que le jugement de l'an 2 subsistât encore, et qu'il pût être d'ailleurs opposé au sieur Dispan, la demande n'en serait pas plus recevable en l'état, par la raison que la question civile ayant été irrévocablement jugée par l'arrêt du parlement du 29 novembre 1788, elle ne peut plus être mise en question;

qu'il serait absurde de penser qu'un tribunal criminel ait pu annuler l'arrêt civil ; qu'il l'a si peu voulu dans l'espèce, que l'existence de cet arrêt fut constamment dissimulée aux juges criminels; que le jugement de l'an 2 contient, en plusieurs endroits, la preuve de cette dissimulation, et que l'instance civile était considérée comme indécise et en suspens ; que, si l'arrêt avait été rendu sur la pièce déclarée fausse par le jugement de l'an 2, il y aurait bien ouverture de requête civile, s'il y avait d'ailleurs déchéance encourue; mais, d'un côté, il ne paraît pas que l'extrait déclaré faux ait servi de fondement à l'arrêt, et il a été rendu sur d'autres élémens; la question d'identité n'en devait pas moins être établie, indépendamment de cet extrait, puisque le parlement n'eut aucun égard à la requête en sursis, jusqu'à l'événement de la procédure criminelle, et qu'il passa outre à l'arrêt; ce qui doit faire supposer forcément que cet extrait, vrai ou faux, ne pouvait avoir aucune influence sur la voie civile ; que, d'autre côté, l'arrêt n'aurait pas été anéanti de droit, par le jugement qui a déclaré faux l'extrait dont s'agit, alors même que cet extrait aurait servi de base à l'arrêt ; qu'il aurait encore fallu l'attaquer par la voie de la requête civile, et que tant que cette voie n'a pas été employée, l'arrêt subsiste dans toute sa force, et forme, contre la demande de Guillaume Ducasse, une fin de non-recevoir insurmontable;

» Enfin, que le sieur Dispan a possédé sans interruption, par lui ou son auteur, la terre de Montpezat, depuis 1775 jusqu'à ce jour; qu'il s'était écoulé plus de trente ans de possession utile depuis la délivrance du legs qui fut fait à la dame Marie Raymond, jusqu'au jour de la citation en conciliation qui a précédé l'instance actuelle; que, par cette possession, la prescription s'est accomplie, et que le sieur Dispan est devenu propriétaire incommutable de ladite terre de Montpezat ; qu'il n'est pas exact de dire que la possession n'a pas été utile, parcequ'elle a manqué de bonne foi et de juste titre ; qu'en fait, la bonne foi est patente, puisque la possession était fondée sur le Testament d'Antoine Casse, oncle de la légataire; et, en droit, la bonne foi ni le juste titre n'étaient pas nécessaires pour prescrire, par trente ans, dans le ressort du parlement de Toulouse ; que ce principe est enseigné par tous les auteurs, et confirmé par la jurisprudence des arrêts la plus constante ; qu'il a été renouvelé par l'art. 2262 du Code civil; que la prescription n'a pas été interrompue, ni naturellement, ni civilement, par les actes et les procédures intermédiaires; qu'en effet, le jugement de l'an 2 étant étranger au sieur Dispan et à son épouse, puisqu'ils n'y furent ni parties ni appelés, il ne peut pas être réputé acte interruptif relativement à eux ; que la prise de possession qui eut lieu en conséquence de ce jugement, en l'an 4, fut déclarée une véritable *voie de fait*, par le jugement de réintégrande rendu le lendemain; que cette voie de fait constituait une interruption naturelle, laquelle, pour être utile, suivant Dunod, devait être suivie de la possession prolongée pendant un an au moins ; que cette doctrine est également consacrée par l'art. 2245 du Code civil; mais que cet acte ayant été déclaré illégal et une pure voie de fait, il ne peut pas constituer une interruption utile; que le sieur Dispan n'a pas été dépossédé un seul jour, et qu'il a été réintégré le lendemain; que le verbal de prise de possession ne peut pas avoir plus d'effet que l'acte matériel auquel il se rattache ; qu'il participe du même vice, et conséquemment, il ne peut pas être considéré comme une interruption civile ;

» Que les instances engagées en l'an 5, par Guillaume Ducasse et par ses prétendus cessionnaires, sont tombées en péremption, et que, par cela seul, elles n'ont pas pu interrompre la prescription ; que c'était un point de jurisprudence bien établi dans le ressort du parlement de Toulouse, qu'il n'était pas besoin de faire déclarer l'instance périe, et que la péremption était acquise de plein droit par la cessation de poursuites pendant trois années, et que la péremption ainsi acquise, avait le double effet d'éteindre l'instance et défaire courir la prescription, comme s'il n'y avait pas eu de poursuites ; que cette péremption n'a pas été couverte par le langage tenu au bureau de paix, par le sieur Dispan ; qu'à la vérité, si on l'eût pris au mot, il aurait renoncé et valablement renoncé à l'exception ; mais que le sieur Ducasse contesta l'existence des instances rappelées par le sieur Dispan ; il les soutint éteintes, et persista à agir par action nouvelle et principale; que cette conduite renferme un abandon énergique desdites instances, puisque la demande actuelle ne pourrait pas être reçue, si l'on tenait encore que les instances antérieures subsistent et ont été prorogées, par la raison qu'ayant le même objet, et étant entre les même parties, il ne peut pas y avoir simultanément plusieurs instances, à raison de la même chose ;

» Qu'en résumé, la péremption n'a été couverte ni interrompue, et que les choses étant ainsi restées entières, la demande est encore non-recevable sous ce second rapport; et que,

dès-lors, il y a évidemment lieu à prononcer la relaxe dudit sieur Dispan;

» Par ces motifs, le tribunal, sans avoir égard aux fins et conclusions dudit Guillaume Ducasse, faisant au contraire droit sur les fins de non-valoir et de non-recevoir, opposées par le sieur Dispan, a relaxé et relaxe ce dernier des fins et conclusions contre lui prises par ledit Ducasse..... ».

Guillaume Ducasse appelle de ce jugement; et le 21 mars 1811, arrêt de la cour de Toulouse, qui met l'appellation au néant, avec amende et dépens,

« Attendu 1° que le jugement attaqué repose sur les fins de non-valoir et de non-recevoir, qui furent proposées par le sieur Dispan, combattues par le sieur Ducasse, et accueillies par les premiers juges; que, pour statuer sur le mérite de l'appel, tout consiste donc à examiner si ces fins de non-valoir et de non-recevoir étaient bien ou mal fondées, en tout ou en partie;

» Attendu, quant à la fin de non-valoir, qu'elle serait toujours solide dans le fait, lors même que, dans le droit, le sieur Guillaume Ducasse pourrait opposer au sieur Dispan le jugement du 3 prairial an 2; qu'en effet, il faudrait toujours revenir à la question de savoir si la falsification de l'extrait baptistaire, sous le rapport de la qualité du père de l'enfant inscrit, doit produire ce résultat, que l'individu qui testa en 1775 soit Bertrand Ducasse, et non Antoine Casse; 2° que cette question resterait toujours à examiner, pour savoir quels sont les biens qui composaient cette succession de Bertrand Ducasse, dont le jugement du 3 prairial an 2 ordonne le délaissement; que, dans le fait, elle ne présenterait aucune difficulté, parcequ'on ne saurait admettre la confusion de personnes que voudrait faire ledit Guillaume Ducasse; que, dès lors, la fin de non-valoir opposée par les ayant-cause de feu Antoine Casse, aux ayant-cause de Bertrand Ducasse, serait bien fondée; qu'elle devient superflue quand on connaît les fins de non-recevoir proposées par le sieur Dispan;

» Qu'une de ces fins de non-recevoir est prise de l'arrêt du 29 décembre 1788, lequel, dans l'intérêt de tous les ayant-cause de feu Antoine Casse, *proscrivit pour jamais les prétentions de Guillaume Ducasse;* que ce dernier, sentant bien la force de cette exception prise de la chose jugée, cherche à l'affaiblir en puisant, de son côté, une semblable exception dans le jugement du 3 prairial an 2; mais ce jugement est paralysé, quant à l'usage qu'on voudrait en faire, par trois moyens différens et également péremptoires;

» En premier lieu, on n'a pas pu remettre en question, devant le tribunal criminel, *le point de droit civil* sur lequel une cour souveraine avait déjà définitivement prononcé, avec d'autant plus de raison, qu'il est démontré qu'on eut la *perfide adresse* de dissimuler au tribunal criminel l'existence de l'arrêt du parlement de Paris; et si, nonobstant le jugement du 3 prairial an 2, le sieur Guillaume Ducasse n'avait pas pu se pourvoir par requête civile contre ledit arrêt, il ne peut pas espérer de le renverser par l'effet d'une instance nouvelle et ordinaire;

» En second lieu, le jugement du 3 prairial an 2 est aujourd'hui comme non-avenu, moins par l'effet de l'arrêt de la cour de cassation, du 26 floréal an 6, qu'on pourrait dire être rapporté en entier par son autre arrêt du 29 février 1809, que par les conséquences immédiates et forcées de la mise en état de la dame Raymond, effectuée le 11 fructidor an 5; que ce système est conforme aux dispositions de l'art. 18 du tit. 17 de l'ordonnance de 1670, et de l'art. 476 de la loi du 3 brumaire an 4; que ces dispositions avaient produit leur effet, et anéanti, par la seule force des choses, le jugement du 3 prairial an 2, dès l'instant que la mise en état fut opérée, c'est-à-dire, avant l'arrêt du 26 floréal an 6; que, si ce dernier a pu être rapporté par celui du 21 février 1809, rendu après le décès de la partie principale, ce n'a pu être qu'en ce qu'il contenait règlement de juges; mais que l'effet nécessaire de la mise en état n'en a pas moins subsisté; que néanmoins il n'a pu être effacé, ni par la circonstance que le contumax ne s'était point constitué prisonnier dans les prisons du juge qui rendit le jugement, parceque la nouvelle loi surtout ne l'exigeait pas ainsi, ni par l'élargissement provisoire du condamné, parceque cet élargissement fut précédé des formes judiciaires; et qu'en outre, le jugement de contumace, déjà anéanti sans retour, ne pouvait plus avoir sa force; ni par le défaut de représentation du principal condamné, parceque l'intérêt du complice représenté exigeait qu'on remît en question tous les points, même ceux jugés contre le principal accusé;

» En troisième lieu, dans aucun cas, le jugement du 3 prairial an 2 ne pourrait être opposé au sieur Dispan; c'est pour lui *res inter alios judicata quæ aliis non præjudicat.* Ce moyen lui suffit, et il n'a aucun besoin de recourir à la voie de la tierce-opposition; car cette voie, prescrite au tiers lorsqu'il veut empêcher l'exécution d'un jugement de la part de ceux entre lesquels il est rendu, n'est que facultative, lorsque le tiers se borne à refuser

l'exécution poursuivie contre lui, d'un jugement dans lequel il n'est pas partie. Ici, le refus étant autorisé par le jugement de réintégrande, du 13 frimaire an 4, *lequel a acquis l'autorité de la chose souverainement jugée*, on ne saurait concevoir la nécessité d'une opposition envers un jugement qui n'est pas susceptible d'exécution;

» Attendu que la seconde fin de non-recevoir opposée à Guillaume Ducasse, et prise de la prescription trentenaire, est bien fondée dans le fait; que, dans le fait, le sieur Dispan a joui par lui, ou par la dame Marie Raymond, dont il est l'ayant-cause, de la terre de Montpezat, depuis 1775 jusqu'au mois de juillet 1809, époque où fut formée la demande actuelle en délaissement; que la prescription trentenaire étant un moyen légitime d'acquérir la propriété d'une chose quelconque, le sieur Dispan, sur la tête duquel cette prescription a couru effectivement, serait, dès-lors, autorisé à repousser la demande dudit Guillaume Ducasse; qu'il est inutile de consulter le titre en vertu duquel la dame Marie Raymond et le sieur Dispan auraient joui, pour savoir si ce titre fut légitime, et leur bonne foi constante, parceque la prescription trentenaire, différente en cela des prescriptions moins longues, profite à celui qui possède de mauvaise foi, ainsi, que l'enseigne Dunod, part. 2, chap. 10; qu'on ne peut pas dire également que cette prescription fut interrompue, soit par les procédures qui précédèrent les arrêts de 1788 et de l'an 2, puisque le sieur Dispan n'y fut point appelé; soit par la prise de possession effectuée en l'an 4, puisque cette prise de possession a été regardée comme une voie de fait; qu'elle caractérisait d'ailleurs une interruption naturelle, mais que cette interruption n'existe que là où le possesseur est privé, pendant plus d'un an, de la jouissance de la chose, conformément à la décision de Dunod, page 53, et à la disposition de l'art. 2243 du Code civil; soit, enfin, par les deux instances engagées en l'an 5, puisque ces instances étant tombées en péremption, il n'en résulte aucune interruption utile;

» Attendu 2° que le jugement attaqué étant justifié par les motifs déjà déduits, l'appel interjeté par le sieur Guillaume Ducasse, ne peut être accueilli; que c'est donc le cas de l'en démettre, ainsi que des différens chefs de ses conclusions »...

Guillaume Ducasse se pourvoit en cassation contre cet arrêt, en même temps que contre ceux des 28 août 1810 et 17 janvier 1811.

« Vous avez à statuer (ai-je dit à l'audience de la section des requêtes, le 8 avril 1812), et probablement vous le ferez par un seul et même arrêt, sur trois demandes en cassation, qui ont entr'elles une intime connexité.

» La demande en cassation de l'arrêt du 28 août 1810, vous présente, en première ligne, la question de savoir si elle est recevable.

» Et il nous paraît qu'elle ne l'est pas; car, non-seulement par suite de l'arrêt du 28 août 1810, il a été nommé un administrateur provisoire aux biens de Paul-Marie Raymond; mais cet administrateur a été reçu partie dans l'instance, par un autre arrêt du 26 novembre suivant, qui n'est pas attaqué. L'arrêt du 28 août 1810 a donc reçu sa pleine exécution, du consentement de Guillaume Ducasse. Guillaume Ducasse ne peut donc plus attaquer cet arrêt.

» Guillaume Ducasse est encore, quant à cet arrêt, non-recevable sous un autre rapport.

» Ce n'est point par cet arrêt qu'a été nommé l'administrateur provisoire aux biens de Paul-Marie Raymond: il l'a été par un jugement du tribunal de première instance de Marseille, du 3 novembre 1810.

» Or, ce jugement a, comme l'arrêt du 28 août 1810, par suite duquel il a été provoqué, reçu sa pleine exécution; et jamais Guillaume Ducasse n'a fait la moindre démarche pour le faire annuler ou réformer, jamais Guillaume Ducasse n'en a interjeté appel.

» Et qu'on ne dise pas que ce jugement était un de ces actes judiciaires contre lesquels la voie d'appel n'est pas ouverte: qu'on ne dise pas que la cour d'appel de Toulouse eût pu mettre ce jugement à l'écart, sans qu'il eût été annulé ou reformé par la cour d'appel d'Aix, juge supérieur naturel du tribunal civil de Marseille.

» Le contraire résulte bien clairement de ce qui a été dit à la séance du conseil d'État, du 12 frimaire an 10, par le rapporteur du projet de loi qui forme aujourd'hui, dans le Code civil, le titre *des Absens*: *Quelques personnes* (ce sont ses termes) *auraient désiré, à l'occasion de l'art.* 1er (de ce titre, devenu l'art. 112 du Code), *qu'on exprimât que les parties intéressées auraient toujours la faculté d'interjeter appel des jugemens des tribunaux de première instance; mais l'expression de cette faculté aurait nécessité des répétitions fastidieuses; il suffisait que la loi ne fît point une exception formelle aux règles de l'ordre judiciaire, pour que cette faculté subsistât de droit.*

» Mais laissons de côté les deux fins de non-recevoir qui s'élèvent contre la demande de Guillaume Ducasse, en cassation de l'arrêt du 28 août 1810, et voyons si cette demande est fondée.

» Deux moyens vous sont proposés contre cet arrêt, et le premier consiste dans une prétendue violation des art. 112, 113, 114, 120 et suivans du Code civil.

» A entendre Guillaume Ducasse, lorsqu'une action est intentée contre un *absent présumé*, c'est-à-dire, dans le langage du Code civil, contre un homme qui, depuis long-temps, n'a pas donné de ses nouvelles, et n'est représenté par aucun fondé de pouvoir, mais dont l'absence n'est pas encore déclarée, et n'a pas encore donné lieu à un jugement qui envoie ses héritiers présomptifs en possession provisoire de ses biens, il n'existe aucun moyen légal de pourvoir à la défense de cet absent ; il faut nécessairement que les juges le condamnent par défaut ; et rien ne peut préserver sa fortune des dangers presque inévitablement attachés à un jugement rendu dans cette forme. Ainsi, en attendant, ou son retour, ou la déclaration de son absence, un créancier supposé fera vendre tous ses meubles ; un usurpateur s'emparera de ses plus riches immeubles et en perçevra et dissipera les fruits ; en un mot, on consommera sa ruine.

» Serait-il donc possible que notre législation eût été aussi imprévoyante? Serait-il donc possible que nous eussions un reproche aussi grave à lui faire ?

» Avant l'ordonnance de 1667, lorsqu'une action était intentée contre un absent qui n'avait point de procureur constitué pour le défendre, l'usage était de lui nommer un curateur.

» Cet usage fut abrogé par l'art. 8 du tit. 2 de cette ordonnance ; et le motif de cette abrogation fut l'inconvénient qui résultait de ce que les jugemens rendus contre un absent, presque toujours mal défendu par un curateur peu instruit de ses droits, étaient réputés contradictoires.

» Ce motif a été reproduit dans la discussion du projet du Code civil ; et on l'a opposé, avec beaucoup de force, à l'art. 1er du titre *des Absens*, devenu, comme nous l'avons déjà dit, le 112e du Code, lequel porte que, *s'il y a nécessité de pourvoir à l'administration de tout ou partie des biens laissés par une personne présumée absente, et qui n'a point de procureur fondé, il y sera statué par le tribunal de première instance, sur la demande des parties intéressées.*

» Mais, a répondu M. Portalis, à la séance du conseil d'état, du 24 fructidor an 9, les dangers auxquels les jugemens rendus contradictoirement avec le curateur, exposent l'absent présumé, ne seraient pas sauvés dans le système de l'exclusion des curateurs, *puisque les jugemens par défaut, qui seraient infailliblement obtenus contre l'absent, s'il n'avait pas défendu, deviendraient définitifs après un certain temps. On doit penser d'ailleurs* (ajoutait M. Bigot de Préameneu, à la séance du corps législatif, du 12 ventôse an 11) *que le tribunal prendra le curateur de l'absent parmi les personnes qui s'intéressent à son sort : en tout cas, il y a beaucoup moins de danger, si le juge ne donne de curateur que lorsque les circonstances l'exigeront.*

» *Ces raisons ont prévalu*, dit l'auteur de l'*Esprit du Code civil*, tome 1er, page 567. *L'esprit de la loi est de laisser une latitude indéfinie aux tribunaux, sur le choix des mesures à prendre. En conséquence, elle ne leur a ni ordonné ni défendu de donner des curateurs aux absens présumés ; elle se contente de les renvoyer à la règle générale qui les oblige de consulter les circonstances.*

» Et vainement Guillaume Ducasse objecte-t-il que l'art. 113 du Code ne permet au juge que de nommer un notaire pour représenter l'absent présumé, dans les inventaires, comptes, partages et liquidations.

» Cette objection a été prévue par l'orateur du gouvernement, M. Bigot de Préameneu, à la séance du corps législatif, du 12 ventôse an 11 ; et voici comment il l'a réfutée à l'avance : *Une loi de l'assemblée constituante, du 11 février 1791, avait réglé que*, « s'il y avait lieu de faire des inventaires, comptes, partages et liquidations, dans lesquels se trouveraient intéressés des absens qui ne seraient défendus par aucun fondé de procuration, la partie la plus diligente s'adresserait au tribunal compétent, qui commettrait d'office un notaire, pour procéder à la confection de ces actes. *L'absent lui-même n'eût pu choisir personne qui, plus qu'un notaire, fut en état de connaître et de défendre ses intérêts dans ce genre d'affaires. Une mesure aussi sage a été maintenue.* (Mais) *il n'en résulte pas que les nominations de curateurs soient interdites dans d'autres cas où les tribunaux le jugeront indispensable.*

» Plus vainement Guillaume Ducasse cherche-t-il à établir que du moins le ministère public n'a pas pu, dans notre espèce, requérir d'office la nomination d'un administrateur provisoire aux biens de Paul-Marie Raymond; et que, d'après l'art. 112, cette nomination n'aurait pu avoir lieu que sur la demande des parties intéressées.

» Deux réponses :

» 1° Par l'art. 114, *le ministère public est spécialement chargé de veiller aux intérêts*

des personnes présumées absentes; et le même article porte qu'*il sera entendu sur toutes les demandes qui les concernent*. C'est sans doute parceque le ministère public est spécialement chargé de veiller aux intérêts des absens présumés, qu'il doit être entendu dans toutes les causes où ils sont parties; mais l'obligation de donner des conclusions dans ces causes, n'est qu'une partie des devoirs que cet article impose au ministère public; ou plutôt elle n'est que la conséquence d'une obligation plus générale, d'une obligation qui embrasse tous les cas, de l'obligation *de veiller spécialement aux intérêts des personnes présumées absentes*, obligation qui renferme nécessairement celle de requérir la nomination d'un administrateur aux biens, non-seulement de l'absent qui est attaqué et sans défense, mais encore de l'absent à qui il importe d'intenter une action urgente, pour l'exercice de laquelle il n'a point de procureur fondé.

» C'est la remarque de l'auteur de l'*Esprit du Code civil*, sur l'art. 114 même, page 572: *J'ai déjà eu occasion* (dit-il) *de faire observer que l'art. 112 ne pourvoit pas entièrement à la sûreté de l'absent.... Il peut arriver que l'intérêt des tiers soit tellement en opposition, dès l'abord, avec celui de l'absent présumé, que les mesures qui lui seraient avantageuses, leur deviendraient au contraire préjudiciables, comme, par exemple, dans le cas où l'absent a besoin d'interrompre, contre eux, la prescription, ou de faire quelque acte conservatoire. Il peut arriver aussi que l'intérêt de l'absent soit tellement isolé, qu'il n'y ait pas de tiers intéressé à provoquer les mesures nécessaires. Il en est ainsi, par exemple, lorsque l'absent n'a pas de créanciers, et que cependant ses terres et ses maisons ne sont pas louées, ses revenus pas recouvrés, lorsque ses débiteurs sont prêts de faillir. Dans ces deux hypothèses, il n'y a pas de parties intéressées à agir; par conséquent, l'art. 112 cesse de pourvoir aux intérêts de l'absent présumé. L'art. 114 le complette sous ces rapports, en constituant en général le ministère public, le défenseur des absens présumés.*

» Ainsi, quand même, dans notre espèce, la nomination de l'administrateur aux biens de Paul-Marie Raymond aurait été directement requise par le ministère public, cette nomination n'en serait pas moins régulière.

» 2° Mais ce qui assure bien mieux encore la régularité de cette nomination, c'est qu'elle n'a pas été requise par le ministère public; c'est qu'elle l'a été par la veuve de François-Antoine Casse, et par ses enfans, qui, en leur qualité de créanciers de Paul-Marie Raymond, avaient bien un intérêt présent à ce que Paul-Marie Raymond fût défendu contre l'aggression de Guillaume Ducasse, indépendant de l'intérêt éventuel qu'ils y avaient encore, en leur qualité d'héritiers présomptifs.

» A la vérité, la veuve et les enfans de François-Antoine Casse n'ont requis cette nomination, qu'après y avoir été provoqués par le ministère public, et en exécution de l'arrêt du 28 août 1810, qui les avait autorisés à la requérir.

» Mais il reste toujours que ce sont eux qui l'ont requise personnellement; il reste toujours que ce n'est pas le ministère public qui s'est constitué partie devant le tribunal de première instance de Marseille, pour en faire la réquisition; il reste toujours, par conséquent, qu'ils ont fait eux-mêmes, quoique provoqués par le ministère public, quoiqu'obéissant à un arrêt, ce qu'ils auraient pu faire de leur propre mouvement.

» Qu'au surplus, la cour d'appel de Toulouse ait pu et dû, dans notre espèce, rendre l'arrêt qui a autorisé la veuve et les enfans de François-Antoine Casse, à se retirer devant le tribunal de première instance de Marseille, pour requérir cette nomination, c'est ce qui ne peut, quoiqu'en dise Guillaume Ducasse, former la matière du plus léger doute.

» La cour d'appel de Toulouse était saisie de l'appel d'un jugement, celui du 18 août 1809, qui dépouillait Paul-Marie Raymond de la propriété de la terre de Lavelannet; et elle était informée, par les actes de la procédure, que Paul-Marie Raymond, était *présumé absent*, c'est-à-dire, qu'il avait disparu depuis plusieurs années, et que, depuis plusieurs années, on n'avait reçu de lui aucunes nouvelles. Dès-lors qu'a dû faire le ministre public? *Chargé spécialement*, par l'art. 114 du Code civil, *de veiller aux intérêts* de Paul-Marie Raymond, il a dû, avant d'examiner si l'appel du jugement qui dépouillait Paul-Marie Raymond, était interjeté par des parties compétentes, et s'il était fondé, proposer à la cour d'appel de Toulouse les mesures nécessaires pour empêcher que Paul-Marie Raymond ne fût dépouillé en effet, sans avoir été entendu; pour empêcher que Paul-Marie Raymond ne fût victime, soit du défaut de qualité des appelans, soit de la maladresse avec laquelle ils soutiendraient leur appel soit même de la collusion qui pourrait régner entre eux et la partie adverse. Il a par conséquent dû proposer à la cour d'appel de Toulouse d'ordonner que, par le tribunal compétent il serait procédé à la nomination d'un admi-

nistrateur aux biens de Paul-Marie Raymond, et que cet administrateur serait mis en cause.

» Et la cour d'appel de Toulouse a incontestablement pu ordonner ce que le ministère public lui proposait.

» Elle l'aurait pu, dans le cas où Paul-Marie Raymond n'eût pas été partie dans le jugement du 18 août 1809; car il est de principe que toutes les fois qu'une partie qui n'a pas figuré dans un jugement de première instance dont il y a appel, a qualité pour former une tierce-opposition au jugement qui doit statuer sur l'appel même, non-seulement elle peut intervenir devant le tribunal supérieur, comme le décide expressément l'art. 466 du Code de procédure, mais on peut, si elle n'y intervient pas de son propre mouvement, l'y faire intervenir de force. Et en effet, le droit qu'a d'intervenir, en cause d'appel, la partie qui pourrait attaquer par tierce-opposition le jugement à rendre, entraîne nécessairement le droit de la forcer d'intervenir, lorsqu'elle ne le fait pas d'elle-même; l'un est absolument corrélatif à l'autre; et d'ailleurs, quel tort fait-on à cette partie, en la mettant en cause sur l'appel? La prive-t-on d'un premier degré de juridiction? Non assurément. Si, sur l'appel, on ne la mettait pas en cause, et qu'ensuite elle usât de son droit de former une tierce-opposition à l'arrêt, où devrait-elle porter cette tierce-opposition? Elle devrait la porter devant la cour d'appel; et elle ne pourrait pas la porter ailleurs. On ne fait donc, en la mettant en cause, que hâter le moment de sa comparution directe et immédiate, devant la cour d'appel.

» Mais si la cour d'appel de Toulouse eût pu, dans la supposition que nous venons de faire, ordonner la mise en cause de Paul-Marie Raymond dans la personne de l'administrateur de ses biens, à combien plus forte raison l'a-t-elle pu dans la circonstance où Paul-Marie Raymond avait été partie dans le jugement dont l'appel lui était déféré, dans la circonstance où le jugement avait été rendu contre Paul-Marie Raymond lui-même?

» Après tout, si nous faisons ici abstraction, et de l'arrêt de la cour d'appel de Toulouse du 28 août 1810, et des réquisitions du ministère public qui l'ont provoqué, que nous restera-t-il? Deux choses dignes d'une grande attention: un jugement du tribunal civil de Marseille, qui nomme un administrateur aux biens de Paul-Marie Raymond, et un appel interjeté par cet administrateur, du jugement du 18 avril 1809.

» Très-certainement, si les juges de Marseille avaient été, sans arrêt préalable de la cour d'appel de Toulouse, avertis que Paul-Marie Raymond, dont le dernier domicile avait été fixé dans leur arrondissement, venait d'être condamné par un jugement par défaut du tribunal de Foix, au délaissement d'une propriété considérable, ils auraient pu, directement et sur la demande de ses créanciers intéressés à la conservation de sa fortune, nommer à ses biens un administrateur provisoire pour le défendre.

» Très-certainement cet administrateur aurait eu, dans cette hypothèse, qualité pour appeler du jugement que le tribunal civil de Foix avait rendu par défaut au préjudice de Paul-Marie Raymond.

» Or, ce qui aurait été régulier sans arrêt préalable de la cour d'appel de Toulouse, peut-il être considéré comme irrégulier, par cela seul que préalablement la cour d'appel de Toulouse avait rendu l'arrêt du 28 août 1810? Un administrateur qui se trouverait valablement nommé, si l'arrêt du 28 août 1810 n'en avait pas ordonné la nomination, peut-il être considéré comme nommé irrégulièrement, par cela seul qu'il ne l'a pas été directement et sur la requête spontanée des parties compétentes? C'est demander en d'autres termes, si un acte surabondant peut nuire, si ce qui se fait d'inutile peut annuller ce qui est valable par soi; c'est révoquer en doute un des premiers principes du droit, une des premières notions du bon sens.

» Mais, dit Guillaume Ducasse, et c'est son deuxième moyen de cassation, l'arrêt du 28 août 1810, en ordonnant la mise en cause de Paul-Marie Raymond, à l'effet d'appeler lui-même du jugement du 18 août 1809, n'a pas pu laisser subsister l'appel qu'avaient interjeté de ce jugement la veuve et les enfans de François-Antoine Casse, puisqu'ils n'avaient interjeté cet appel que comme héritiers de Paul-Marie Raymond et qu'un homme présumé vivant ne peut pas avoir d'héritiers.

» Non, sans doute, il ne peut pas exister d'héritiers à un homme présumé vivant.

» Mais d'abord, est-ce comme héritiers de Paul-Marie Raymond, que la veuve et les enfans de François-Antoine Casse avaient appelé du jugement du 18 août 1809? Non, et la preuve en est écrite dans leur acte d'appel même, du 20 février 1810: ils n'ont appelé qu'en leur qualité de *créanciers médiats du sieur Paul-Marie Raymond, leur frère et oncle, en vertu du Testament de feu Antoine Casse, du 3 octobre 1775; et exerçant, en ladite qualité, les droits et actions dudit sieur Paul-Marie Raymond, leur débi-*

teur...., en vertu des art. 1166 et 1167 du Code civil.

» Ensuite, ont-ils pu, comme créanciers de Paul-Marie Raymond, comme exerçant ses droits, appeler d'un jugement rendu par défaut à son préjudice?

» Assurément ils ne l'auraient pas pu, si le delai de l'appel eût été écoulé à son égard. Mais ce delai étant encore entier à son égard, quel prétexte aurait-on pu imaginer pour leur fermer la voie de l'appel? Sans contredit, un créancier ne peut pas attaquer un jugement qui, rendu avec son débiteur, a acquis envers celui-ci l'autorité de la chose jugée. Mais tout jugement qui peut encore être attaqué par le débiteur contre qui il a été rendu, peut l'être également par le créancier à qui il enlève un gage de sa créance. Et c'est ce que la cour a reconnu elle-même par le célèbre arrêt du 12 fructidor an 9, dont se prévaut ici bien mal à propos Guillaume Ducasse. Cet arrêt déclare, en cassant un jugement du tribunal d'appel de Caen, que le sieur Godet n'a pas pu former tierce-opposition à un jugement rendu contre le sieur Delessart, son débiteur; mais sur quel fondement le déclare-t-il? Sur l'unique fondement que le jugement contre lequel le sieur Godet avait formé tierce-opposition, était passé, contre le sieur Delessart, en force de chose jugée; et il ajoute en termes exprès que *le sieur Godet, en qualité d'ayant-cause du sieur Delessart, n'aurait pu être recevable à attaquer ce jugement, qu'autant qu'il eut été justifié que Delessart aurait été lui-même habile à se pourvoir.*

» Enfin, la veuve et les enfans de François-Antoine Casse ont-ils dû rester en cause sur leur appel, après l'intervention de l'administrateur aux biens de Paul-Marie Raymond, leur débiteur? Pourquoi non? Quelle loi, quelle raison s'y opposait? Une fois constitués parties dans la cause, par un acte d'appel valablement et compétemment interjeté, ils ont dû y rester jusqu'à la fin, même avec le représentant de celui au nom duquel ils avaient appelé; parce qu'ils avaient intérêt, en leur qualité de créanciers, de veiller à ce que le représentant de leur débiteur le défendît bien.

» Le deuxième moyen de cassation de Guillaume de Ducasse tombe donc de lui-même.

» Le troisième est, ainsi que les trois suivans, dirigé contre l'arrêt du 17 janvier 1811, et il consiste à dire que cet arrêt a violé les lois sur les deux degrés de juridiction et sur les tierce-oppositions, en admettant la veuve et les enfans de François-Antoine Casse à changer, sur l'appel, leur qualité d'héritiers en celle de créanciers, et en admettant leur tierce-opposition sous cette dernière qualité.

» Ecartons d'abord la prétendue contravention aux lois sur les tierce-oppositions.

» Dans le fait, ce n'est pas une tierce-opposition que la veuve et les enfans de François-Antoine Casse avaient formée, devant le tribunal de Foix, contre le jugement du 18 août 1809: c'était une opposition simple; et ils l'avaient formée comme exerçant les droits de Paul-Marie Raymond, comme faisant ce que Paul-Marie Raymond eût pu faire lui-même, s'il eût été présent.

» Dans le fait encore, ce n'est pas une tierce-opposition qu'admet l'arrêt du 17 janvier 1811, de la part de la veuve et des enfans de François-Antoine Casse; c'est également une opposition simple; et si, dans les motifs de cet arrêt, il est parlé de la tierce-opposition, comme d'une voie ouverte à la veuve et aux enfans de François-Antoine Casse, c'est une erreur de rédaction qui ne peut porter aucune atteinte à un dispositif parfaitement en règle.

» Dans le droit, nous avons déjà dit, et l'arrêt de la cour du 12 fructidor an 9 reconnaît expressément qu'un créancier peut former tierce-opposition au jugement rendu contre son débiteur, lorsque son débiteur est encore à temps pour attaquer ce jugement; et certes, on ne niera pas que, dans notre espèce, Paul-Marie Raymond était encore, au moment où a été formée l'opposition de la veuve et des enfans de François-Antoine Casse, au jugement du 18 août 1809, dans le délai pour se pourvoir contre ce jugement, soit par opposition, soit par appel.

» Quant à la prétendue violation de la règle des deux degrés de juridiction, quelques réflexions très-simples vont la faire disparaître.

» L'art. 464 du Code de procédure porte, il est vrai, *qu'il ne sera formé, en cause d'appel, aucune nouvelle demande;* mais il ajoute aussitôt: *à moins que la demande nouvelle ne soit la défense à l'action principale.*

» Ici, l'action principale n'était pas dans l'opposition formée par la veuve et les enfans de François-Antoine Casse au jugement du 18 août 1809: elle était dans l'assignation donnée à Paul-Marie Raymond par Guillaume Ducasse, et sur laquelle ce jugement avait été rendu par défaut. Car il est de principe que l'opposition à un jugement par défaut, n'est que la continuation de l'instance dans laquelle ce jugement est intervenu; et, sur ce fondement, il a été jugé, dit Denisart, au mot *Pé-*

remption, par un arrêt du parlement de Paris du 2 avril 1727, que la péremption anéantit, non-seulement l'opposition formée dans la huitaine à une sentence par défaut, mais encore la sentence, la procédure et la demande, *tant il est vrai que l'opposition continue l'instance et n'en crée pas une nouvelle.* La cour a même cassé, le 23 octobre 1810, au rapport de M. Sieyes, un jugement en dernier ressort du tribunal civil de Toulouse, qui avait décidé le contraire au préjudice du sieur Labartiol; et elle l'a cassé, *attendu que l'opposition formée par Labartiol au jugement rendu contre lui par défaut, en premier et dernier ressort, le 14 juin 1792, a été introduite par une instance séparée de celle sur laquelle ce jugement est intervenu; mais qu'elle en est la suite immédiate, et qu'elle se rattache à tous les actes antérieurs, pour n'en former qu'une seule et même instance.*

» La veuve et les enfans de François-Antoine Casse ne pouvaient donc être considérés, devant la cour d'appel de Toulouse, que comme défendeurs originaires à l'action principale intentée par Guillaume Ducasse.

» Ils pouvaient donc, devant la cour d'appel de Toulouse, former de nouvelles demandes pour repousser cette action principale.

» Mais cette faculté que la loi leur attribuait, ils ne l'ont pas même exercée : ils n'ont pas formé de nouvelles demandes devant cette cour; ils ont seulement proposé, devant cette cour, de nouveaux moyens à l'appui de l'exception qu'ils avaient fait valoir devant les premiers juges.

» Devant les premiers juges, ils avaient dit, non pas comme le leur impute Guillaume Ducasse : *nous sommes héritiers de Paul-Marie Raymond*, (car on ne trouve dans les pièces de la première instance, aucune trace d'une pareille assertion); mais, *nous sommes possesseurs et propriétaires légitimes de la terre de Lavelannet*; ce qui pouvait signifier que Paul-Marie Raymond leur avait donné cette terre en paiement des sommes qu'il leur devait en vertu du Testament d'Antoine Casse, du 3 octobre 1775.

» Devant la cour d'appel de Toulouse, ils ont changé de langage, ils ont dit : *nous sommes créanciers de Paul-Marie Raymond, et nous avons le droit, tant qu'il ne nous le contestera pas, de jouir, en remplacement des intérêts des sommes qu'il nous doit, des fruits de la terre de Lavelannet.* Mais par ce changement de langage, ils n'ont pas formé de nouvelles demandes; ils n'ont fait que changer de moyens de défense, et aucune loi ne les en empêchait.

» Le quatrième moyen de Guillaume Ducasse est puisé dans le jugement du 3 prairial an 2. Suivant Guillaume Ducasse, ce jugement avait l'autorité de la chose jugée contre Paul-Marie Raymond, qui cependant n'y avait pas été partie; et il l'avait précisément, parcequ'il avait été rendu sur un procès criminel. Or, par ce jugement, tous les actes que Bertrand Ducasse avait souscrits du faux nom d'Antoine Casse, et par conséquent le Testament du 3 octobre 1775, ont été déclarés nuls. Paul-Marie Raymond n'a donc plus de titre pour retenir la terre de Lavelannet. Il y a plus. Le jugement du 3 prairial an 2 condamne expressément tous les détenteurs des biens dépendans de la succession de Bertrand Ducasse, à les restituer à Guillaume Ducasse, avec les fruits perçus. La condamnation de Paul-Marie Raymond à restituer la terre de Lavelannet, est donc écrite en toutes lettres dans ce jugement. La cour d'appel de Toulouse a donc attenté, en maintenant Paul-Marie Raymond dans la propriété de la terre de Lavelannet, à l'autorité de la chose souverainement jugée.

» Ici, nous ne savons ce qui doit nous étonner le plus, ou des dispositions du jugement du 3 prairial an 2, qui sont relatives aux actes souscrits du nom d'Antoine Casse, et aux détenteurs des biens compris dans ces actes, ou des argumens que Bertrand Ducasse cherche à tirer de ses dispositions. Tout est, dans les uns comme dans les autres, en opposition diamétrale avec les premiers principes; tout est, dans les uns comme dans les autres, marqué au coin du paradoxe.

» Les dispositions du jugement du 3 prairial an 2, relatives aux actes souscrits du nom d'Antoine Casse, sont surtout remarquables par leur opposition avec l'arrêt du parlement de Paris, du 29 décembre 1788.

» Le vu de cet arrêt nous apprend que, pour appuyer sa demande en revendication de l'hérédité d'Antoine Casse, de laquelle la grand'chambre du parlement était saisie, Bertrand Ducasse avait articulé deux espèces de faux : qu'il avait d'abord rendu au châtelet une plainte en faux principal contre l'expédition délivrée par le sieur Valette, vicaire de Castelmoron, d'un acte de naissance d'Antoine Casse que le prétendu Bertrand Ducasse s'était, suivant lui, approprié; et qu'il avait ensuite attaqué, par la voie du faux incident, un Testament fait par le prétendu Bertrand Ducasse sous le nom d'Antoine Casse, devant notaires à Saint-Domingue le 18 juin 1764, et dont les légataires universels institués par le Testament d'Antoine Casse, du 3 octobre 1775, se servaient, dans leur production,

pour établir qu'Antoine Casse était connu sous ce nom pendant son séjour à Saint-Domingue, comme il l'avait été depuis en France, et que, dès l'année 1764, il avait pour la famille Raymond, la même affection qui avait depuis déterminé les dernières dispositions de sa volonté.

» Il nous apprend encore que Guillaume Ducasse demandait, par des conclusions précises, qu'il fût sursis par la grand'chambre au jugement de sa demande en revendication de l'hérédité d'Antoine Casse, jusqu'à ce qu'il eût été statué définitivement par la Tournelle sur sa plainte en faux principal; que les légataires universels d'Antoine Casse s'opposaient à ce sursis, par la raison que la question de savoir si l'acte de naissance du testateur était faux, n'était nullement préjudicielle à la question de savoir si son Testament devait être exécuté; et que, quant à la demande en inscription de faux incident, dirigée contre le Testament du 18 juin 1764, il fût passé outre, sans y avoir égard, attendu que le Testament du 18 juin 1764 aurait pu être faux, sans qu'il en résultât aucun préjugé contre la validité du Testament du 3 octobre 1775.

» C'est dans cet état de choses qu'a été rendu l'arrêt du 29 décembre 1788; et assurément cet arrêt qui est, quoi qu'en dise Guillaume Ducasse, définitif dans tous ses points, cet arrêt, qui, après avoir maintenu Paul-Marie Raymond et Jean-Baptiste-Honoré Raymond *dans la propriété, possession et jouissance* de tous les biens dépendans de la succession d'Antoine Casse, met les parties hors de cour sur toutes leurs autres demandes, fins et conclusions, juge bien positivement que l'acte de naissance d'Antoine Casse et son Testament du 18 juin 1764 pourraient être faux, sans que son Testament du 3 octobre 1775 en souffrit aucune atteinte; il juge bien positivement que, même ces deux actes supposés faux, le Testament du 3 octobre 1775 doit toujours recevoir sa pleine exécution en faveur des deux légataires universels qu'il institue.

» En effet, que l'auteur du Testament du 3 octobre 1775 portât le nom d'Antoine Casse ou celui de Bertrand Ducasse, c'était la chose du monde la plus indifférente pour la validité des dispositions contenues dans ce Testament: la personne du testateur était certaine dans l'une comme dans l'autre hypothèse; dans l'une comme dans l'autre, il n'y avait pas la moindre incertitude sur les personnes qu'il avait instituées; son Testament devait donc être exécuté dans l'une comme dans l'autre.

» Cependant qu'arrive-t-il ensuite? Guillaume Ducasse poursuit son accusation de faux de l'acte de naissance d'Antoine Casse; il la poursuit, non contre les légataires universels d'Antoine Casse, mais contre leur mère et contre le vicaire Valette; et il la poursuit, non-seulement sans faire mention de l'arrêt du 29 décembre 1788, mais même en faisant entendre que l'instance civile, irrévocablement terminée par cet arrêt, est encore indécise, en faisant entendre que la veuve de Pierre Raymond était partie dans cette instance, quoique, dans le fait, il n'eût eu pour adversaires dans cette instance que les deux légataires universels d'Antoine Casse, l'un majeur, l'autre mineur émancipé et procédant avec l'assistance d'un curateur étranger.

» De là, le jugement du tribunal criminel provisoire du cinquième arrondissement de Paris, du 17 décembre 1792, qui, en déclarant faux l'acte de naissance d'Antoine Casse, en ce que, pour flatter sa vanité, on y a substitué le mot *bourgeois* au mot *hôte*, qui désignait la profession de son père, et en déchargeant de l'accusation tant le vicaire Valette que la veuve de Pierre Raymond, mère des légataires universels, déboute Guillaume Ducasse de sa demande en dommages-intérêts contre l'un et l'autre accusés; *et attendu que les autres demandes dudit Guillaume Ducasse forment la matière d'une instance civile pendante au ci-devant parlement de Paris, le renvoie, à cet égard, à se pourvoir ainsi qu'il avisera.*

» Guillaume Ducasse interjette appel de ce jugement; et gardant toujours le plus profond silence sur l'arrêt du 29 décembre 1788, supposant toujours encore indécise l'instance civile terminée par cet arrêt, il obtient, le 3 prairial an 2, au tribunal du deuxième arrondissement de Paris, un jugement qui, après avoir réformé celui du 17 décembre 1792, et condamné par contumace le vicaire Valette et la veuve de Pierre Raymond aux peines du faux, *déclare nul et de nul effet tous les actes souscrits sous le faux nom de* Casse; *en conséquence, condamne la femme Raymond, ainsi que tous les autres détenteurs, à restituer les biens usurpés et qui dépendent de la succession de Bertrand Ducasse; déclare pareillement nuls et de nul effet tous les actes de vente, de cession qu'ils pourraient avoir faits de tout ou partie desdits biens, ainsi que tous autres actes et jugemens.....*

» Sans doute, si les magistrats qui ont rendu cet étrange jugement, avaient eu connaissance de l'arrêt du 29 décembre 1788, ils

se seraient bien gardés de prononcer comme ils l'ont fait.

» Ils auraient senti que, d'après l'art. 34 du tit. 35 de l'ordonnance de 1667, la déclaration que l'acte de naissance d'Antoine Casse était faux, en la supposant décisive contre le Testament du 3 octobre 1775, pouvait bien former une ouverture de requête civile contre cet arrêt, mais non pas anéantir cet arrêt de plein droit. Ils auraient senti que des juges criminels peuvent bien punir, comme crime, dans l'intérêt de la vindicte publique, un fait que des juges civils ont précédemment déclaré indifférent, mais non pas rétracter les décisions que ces juges ont précédemment rendues sur ce fait, dans l'intérêt des parties privées.

» Ils auraient senti que, de même que, si, après avoir succombé dans une demande que j'avais intentée civilement en restitution d'un effet que je prétendais m'avoir été volé, je poursuis, par la voie criminelle, la partie qui a obtenu gain de cause contre moi au civil, cette partie pourra bien être condamnée aux peines du vol, mais non pas à me restituer l'objet volé; de même aussi, lorsqu'après avoir demandé civilement la nullité d'un acte sur le fondement qu'il se rattachait à un acte faux, et avoir succombé dans cette demande, par le motif que le faux imputé à l'un de ces actes, est indifférent à la validité de l'autre, je reprends la poursuite du faux acte par la voie criminelle, l'auteur du faux acte pourra bien être puni comme faussaire, mais que l'acte vrai n'en conservera pas moins tout son effet.

» Ils auraient senti, en un mot, que les jugemens criminels et les jugemens civils sont indépendans les uns des autres, et que, si un jugement civil n'empêche pas de poursuivre un coupable dans l'intérêt de la vindicte publique, un jugement criminel ne peut pas non plus, lorsqu'accessoirement à la condamnation d'un coupable, il prononce sur les intérêts privés de la partie civile, rétracter ce qui précédemment a été jugé civilement contre cette partie.

» Mais si l'ignorance dans laquelle Guillaume Ducasse a laissé, par rapport à l'arrêt du 29 décembre 1788, les magistrats qui ont rendu le jugement du 3 prairial an 2, les absoud du reproche de n'avoir pas senti tout cela, comment les justifier de celui d'avoir prononcé, contre le vicaire Valette et la veuve de Pierre Raymond, la nullité de tous les actes souscrits du faux nom de *Casse*, et d'avoir spécialement condamné la veuve de Pierre Raymond à restituer tous les biens dépendans de la succession du prétendu Bertrand Ducasse?

» Avait-il été fait, sous le faux nom de *Casse* des actes en faveur du vicaire Valette et de la veuve de Pierre Raymond? Jamais Guillaume Ducasse, lui-même, n'a allégué qu'il en eut été fait aucun.

» La veuve de Pierre Raymond détenait-elle, avait-elle précédemment détenu, aucun des biens de la succession du prétendu Bertrand Ducasse? En avait-elle vendu, en avait-elle cédé? Avait elle obtenu des jugemens qui l'eussent envoyée solennellement en possession de ces biens? Jamais.

» Que signifie donc cette partie du jugement du 3 prairial an 2? Il faut le dire, messieurs, elle présente l'abus le plus monstrueux, le plus épouvantable, qui ait jamais été fait du pouvoir judiciaire.

» Mais ce jugement, tel qu'il est, a-t-il pu être opposé, devant la cour d'appel de Toulouse, à Paul-Marie Raymond; et la cour d'appel de Toulouse, en ne s'y arrêtant pas, a-t-elle violé les lois relatives à l'autorité de la chose jugée?

» Cette question en renferme deux : ce jugement existait-il encore, lorsque Guillaume Ducasse l'a opposé, devant la cour d'appel de Toulouse, à Paul-Marie Raymond? S'il existait encore, avait-il, contre Paul-Marie Raymond, l'autorité de la chose jugée?

» Sur la première question, nous ne pouvons pas adopter les motifs qui ont déterminé la cour d'appel de Toulouse;

» D'abord, parceque, quand même la veuve de Pierre Raymond, en se constituant prisonnière à Aix, le 11 fructidor an 5, aurait anéanti, en ce qui la concernait, le jugement du 3 prairial an 2, ce jugement aurait toujours conservé son effet contre le vicaire Valette; et que, dès-là, aurait toujours subsisté la disposition de ce jugement qui, d'après la déclaration du faux commis par le vicaire Valette, dans l'acte de naissance d'Antoine Casse, prononçait l'annullation de tous les actes souscrits de ce nom par le prétendu Bertrand Ducasse; annullation qui, provenant tant du fait du vicaire Valette, auteur du faux, que du fait de la veuve Raymond, qui s'était servie de la pièce fausse, ne pouvait être effacée que par l'anéantissement de la condamnation de l'un et de l'autre;

» Ensuite, parceque la veuve Raymond ne s'était pas constituée prisonnière dans les prisons du tribunal représentant celui qui l'avait condamnée, mais dans les prisons de la cour de justice criminelle du département des Bouches-du-Rhône, et que l'ordonnance de 1670, tit. 17, art. 18, n'attachait à la représentation volontaire du contumax l'effet d'anéantir sa condamnation, que dans le cas où cette repré-

sentation avait lieu *dans les prisons du juge qui l'avait condamné.*

» Mais qu'importe que la cour d'appel de Toulouse ait erré dans la première question, si, dans la solution de la seconde, elle s'est tenue sur la ligne des vrais principes?

» Or, qui peut douter qu'en décidant que le jugement du 3 prairial an 2, ne pouvait pas être opposé à Paul Marie Raymond, la cour d'appel de Toulouse n'ait prononcé comme elle devait le faire?

» Paul-Marie Raymond était-il partie dans le jugement du 3 prairial an 2? Non.

» Paul-Marie Raymond tient-il ses droits à la terre de Lavelannet, soit de la veuve Raymond, sa mère, soit du vicaire Valette? Non.

» Comment donc le jugement du 3 prairial an 2 pourrait-il lui nuire? Ce jugement est, à son égard, *res inter alios judicata:* et la maxime *res inter alios judicata aliis nocere non potest*, a certainement lieu en matière criminelle comme en matière civile.

» Pourquoi, entre les mêmes parties, le jugement rendu sur un procès criminel, forme-t-il un titre irréfragable dans le procès civil qui s'intente ensuite? Parceque, comme le déclare la loi 7, §. 4, D. *de exceptione rei judicatæ*, il y a lieu à l'exception de chose jugée, toutes les fois que la même question est agitée de nouveau entre les mêmes personnes, quoique d'ailleurs elle le soit dans une instance d'une autre genre. *Generaliter, ut Julianus definit, exceptio rei judicatæ obstat, quoties inter easdem personas eadem quæstio revocatur, vel alio genere judicii*; et en effet, dit la loi 5 du même titre, le changement d'action n'empêche pas qu'il n'y ait identité d'objet: *cùm quis actionem mutat et experitur, dummodò de eâdem re experiatur, etsi diverso genere actionis quam instituit, videtur de eâdem re agere.*

» Mais de là il suit nécessairement que, lorsque les parties ne sont plus les mêmes, le jugement criminel ne peut pas former, dans le procès civil, une exception de chose jugée. Le changement de forme de procéder ne peut pas donner à un jugement criminel, une autorité qu'il n'a point par lui-même. Concentré par lui-même entre les parties avec lesquelles il a été rendu, il ne peut pas acquérir, par la production qui s'en fait ensuite dans un tribunal civil, la vertu de lier des parties qui n'ont pas figuré devant le tribunal institué pour la vindicte publique.

» Eh! Messieurs, n'êtes-vous pas effrayés des conséquences qu'entraînerait le système contraire?

» Pierre accuse Paul de lui avoir volé, par violence, un effet qu'il prétend lui appartenir, mais sur lequel il n'a réellement aucun droit, et dont je suis seul propriétaire. Paul, qui est d'intelligence avec lui, se laisse condamner par contumace à la peine du vol et à la restitution de l'effet prétendu volé. J'apprends alors que cet effet est entre les mains de Pierre, par suite du jugement qui a condamné Paul à le restituer. Et je ne pourrai pas le revendiquer sur Pierre! Et Pierre, profitant de sa coupable collusion avec Paul, bravera, sous l'égide du jugement criminel qu'il a obtenu contre celui-ci, tous mes titres de propriété! Un système aussi absurde n'a pas besoin d'une réfutation sérieuse.

» Mais, s'écrie Guillaume Ducasse, que deviendra donc le principe que les jugemens criminels ne sont pas susceptibles de la tierce-opposition? Ce principe ne sera-t-il pas absolument illusoire, si un tiers peut écarter un jugement criminel par la seule raison qu'il n'y a pas été partie?

» Ici, comme sur presque tous les points de la discussion actuelle, Guillaume Ducasse s'abuse étrangement.

» Sans doute, on ne peut pas attaquer un jugement criminel par tierce-opposition; mais pourquoi ne le peut-on pas? Précisement par une raison qui renverse de fond en comble tout le système de Guillaume Ducasse; par la raison, comme le disent les arrêts que la cour a rendus sur cette matière (1), que *les délits sont personnels, qu'il en est de même des condamnations qu'ils entraînent; qu'en matière criminelle, un jugement n'existe que vis-à-vis ceux avec qui il a été rendu.*

» Disons donc, avec Guillaume Ducasse, que Paul-Marie Raymond n'aurait pas été recevable à former tierce-opposition au jugement du 3 prairial an 2, devant le tribunal criminel dont ce jugement est émané. Mais aussi concluons de-là, avec les arrêts de la cour, ou plutôt avec la loi dont ces arrêts ne sont que les échos, que le jugement du 3 prairial an 2 *n'existe que vis-à-vis de ceux avec qui il a été rendu*; que ce jugement ne *peut pas être opposé* à Paul-Marie Raymond, et qu'en le décidant ainsi, la cour d'appel de Toulouse, loin de violer la loi, en a fait la plus juste application.

» Inutile d'objecter que la personne lésée par un délit, qui ne s'est pas rendue partie civile dans le procès criminel intenté contre l'accusé, est liée, même quant à ses intérêts

(1) *V.* l'article *Opposition-tierce*, §. 2, art. 9, n° 2.

pécuniaires, par le jugement qui, en son absence, a déclaré l'accusé non-coupable.

» Inutile d'objecter que l'accusé qui a été déclaré coupable, en l'absence de la personne lésée par son délit, et sans qu'elle se soit rendue partie civile, ne peut plus, lorsque cette personne l'actionne civilement en dommages-intérêts, être admis à soutenir, ou que le délit n'a pas existé, ou qu'il n'en est ni auteur ni complice.

» Rien de plus vrai que ces deux assertions. Mais sur quoi sont-elles fondées?

» Elles le sont sur le principe que le ministère public, lorsqu'il poursuit un délit, le poursuit au nom de la société tout entière, et par conséquent au nom de chacun des individus dont la société se compose.

» De là, en effet, il résulte que la personne qui, ayant été lésée par un délit dont le ministère public poursuit la punition, ne se rend point partie civile dans le procès-criminel, est censée s'en rapporter au ministère public, pour tout ce qui concerne la preuve du délit et celle de la culpabilité du prévenu; qu'elle est censée, quant à ces preuves, faire cause commune avec le vengeur de la société; et que tout ce qui est jugé, quant à ces preuves, avec le vengeur de la société, est réputé, de plein droit, jugé en sa faveur, si le prévenu est condamné, et contre elle, si le prévenu est renvoyé comme non-coupable.

» Mais de ce que le ministère public est censé agir pour la partie lésée par le délit dont il poursuit la punition, s'ensuit-il qu'il est également censé agir contre tous ceux qui ont eu intérêt à ce que ce délit fût commis, contre tous ceux qui ont pris part à ce délit, contre tous ceux à qui les suites de ce délit procurent quelque avantage?

» Non, certainement non. Le ministère public n'est et ne peut être censé poursuivre que ceux qu'il poursuit réellement; et voilà pourquoi les jugemens de condamnation ne peuvent être opposés qu'à ceux contre qui ils ont été rendus; voilà pourquoi les jugemens d'absolution ne peuvent profiter qu'à ceux qu'ils ont déclarés non-coupables.

» Pour cinquième moyen, Guillaume Ducasse vous dit que la cour d'appel de Toulouse *a violé les lois, en recevant l'administrateur des biens de Paul-Marie Raymond, tiers-opposant au jugement par défaut du* 18 *août* 1809, *en annulant le jugement du* 3 *prairial an* 2.

» Mais, 1° ce n'est pas une tierce-opposition, c'est une opposition simple, que la cour d'appel de Toulouse a reçue de la part de l'administrateur des biens de Paul-Marie Raymond; et certainement elle a pu et dû la recevoir, puisque tout jugement par défaut est passible de ce genre d'attaque de la part de celui contre lequel il a été rendu.

» 2° La cour d'appel de Toulouse n'a pas annulé le jugement du 3 prairial an 2, elle a seulement déclaré ne pas s'y arrêter; et en effet, elle ne devait, elle ne pouvait, comme nous venons de l'établir, y avoir aucun égard.

» Enfin, Guillaume Ducasse prétend, et c'est son sixième moyen, que la cour d'appel de Toulouse, en déclarant la prescription acquise contre ses cohéritiers, a contrevenu aux lois qui régissent la prescription même.

» Mais d'abord ce n'est que surabondamment que la cour d'appel de Toulouse a déclaré les co-héritiers de Guillaume Ducasse exclus, par la prescription, de toute espèce de droit à la terre de Lavelannet.

» Ensuite, il est très-constant que, par là même, la cour d'appel de Toulouse a fait une application parfaitement juste des lois relatives à la prescription. Dans le fait, les cohéritiers de Guillaume Ducasse n'ont paru ni dans l'instance terminée par l'arrêt du 29 décembre 1788, ni dans le procès criminel jugé le 3 prairial an 2, ni dans les poursuites qui ont eu lieu depuis devant le tribunal de Foix. Ils n'ont paru que devant la cour d'appel de Toulouse en 1810; et alors, il n'y avait pas beaucoup plus de trente ans que Paul-Marie Raymond était en paisible possession de la terre de Lavelannet. Dans le droit, la possession trentenaire est, contre ceux envers lesquels elle a utilement couru, le titre le plus respectable de propriété que connaissent nos lois, tant anciennes que nouvelles.

» L'arrêt du 17 janvier 1811 est donc, comme celui du 28 août 1810, à l'abri de toute atteinte.

» Quant à celui du 21 mars 1811, Guillaume Ducasse fonde le recours dont il l'a frappé, sur trois moyens: attentat à l'autorité de la chose jugée, violation des lois relatives à la prescription, violation des lois relatives à la péremption d'instance.

» Le premier de ces moyens est déjà détruit par les réponses que nous avons faites au troisième de ceux que Guillaume Ducasse emploie contre l'arrêt du 17 janvier. Car si le jugement du 3 prairial an 2 n'a pas l'autorité de la chose jugée contre Paul-Marie Raymond, légataire universel d'Antoine Casse, il ne l'a pas d'avantage contre le sieur Dispan, légataire particulier du même testateur.

» Le second moyen est évidemment sans objet, puisque le sieur Dispan n'aurait besoin de la prescription que dans le cas où le jugement du 3 prairial an 2 eût pu lui être opposé; et qu'ainsi, ce n'est que par surabondance

que la cour d'appel de Toulouse l'a considéré comme garanti par la prescription, des poursuites de Guillaume Ducasse.

» Mais d'ailleurs ce moyen n'a pas même l'ombre de fondement.

» Lorsque Guillaume Ducasse a fait citer le sieur Dispan au bureau de conciliation, c'est-à-dire, le 18 juillet 1809, il y avait plus de trente ans que le sieur Dispan jouissait paisiblement et *animo domini*, de la terre de Montpezat, léguée à son épouse par le Testament d'Antoine Casse, du 3 octobre 1775. Le sieur Dispan avait donc prescrit la propriété de cette terre. Il l'avait prescrite, parce qu'il avait, pour la posséder, un titre légal et suffisamment coloré. Il l'avait prescrite surtout, parceque, pour prescrire par trente ans, il ne fallait, sous l'empire des lois romaines, comme il ne faut encore sous le Code civil, ni juste titre ni bonne foi.

» Qu'importe que le titre en vertu duquel le sieur Dispan a possédé, ait été déclaré nul par le jugement du 3 prairial an 2? Encore une fois, ce jugement n'a pas été rendu avec le sieur Dispan. Il est donc à l'égard du sieur Dispan, comme s'il n'existait pas.

» Qu'importe encore que l'annullation de ce titre ait été motivée, dans le jugement du 3 prairial an 2, sur la fausseté d'un acte de naissance qui a été supposé avoir été le moteur du Testament du 3 octobre 1775? Assurément la fausseté de cet acte de naissance ne peut pas avoir ici plus d'effet que n'en aurait celle du Testament même? Or, si le Testament du 3 octobre 1775 était aujourd'hui reconnu faux, Guillaume Ducasse pourrait-il évincer les légataires qui jouissent depuis plus de trente ans en vertu de cet acte? Non, certainement non; et Guillaume Ducasse le prouve lui-même par ce passage qu'il vous cite du *Traité de la Justice criminelle* de Jousse : *Si un homme, en vertu d'un faux Testament, s'était emparé des biens d'un défunt, l'héritier légitime, ayant trente ans pour poursuivre la pétition d'hérédité, aurait pareillement trente ans pour s'inscrire en faux contre le Testament en question*; ce qui signifie très-clairement qu'après trente ans, l'inscription en faux ne serait plus recevable de la part de l'héritier légitime.

» Qu'importe enfin que le jugement du 3 prairial an 2 ait été signifié, en l'an 4, au sieur Dispan? La signification de ce jugement n'a pas pu interrompre, au préjudice du sieur Dispan, la prescription qui courait en sa faveur; et nous en avons déjà dit la raison : c'est que ce jugement était étranger au sieur Dispan; c'est qu'à l'égard du sieur Dispan, ce jugement n'existait pas.

» Le troisième moyen n'est qu'un accessoire du deuxième; et il consiste à dire qu'en écartant, sous le prétexte qu'elles étaient périmées, les procédures de l'an 4 et de l'an 5, en jugeant par suite que ces procédures n'avaient pas interrompu la prescription contre le sieur Dispan, la cour d'appel de Toulouse a violé la maxime, que la péremption ne s'encourt pas de plein droit, et qu'elle ne peut être prononcée qu'autant qu'elle a été demandée avant la reprise des poursuites.

» Mais cette maxime, qui est aujourd'hui consacrée par l'art. 399 du Code de procédure civile, l'était-elle avant ce Code, par une loi quelconque? Non. Elle n'était alors fondée que sur la jurisprudence des parlemens; et encore n'était-elle pas universellement admise : le parlement de Toulouse la rejetait constamment. C'est du moins ce qu'atteste, de la manière la plus positive, le jugement du tribunal de première instance de Saint-Gaudens, confirmé par l'arrêt du 21 mars (1).

» Par ces considérations, nous estimons qu'il y a lieu de rejeter les trois demandes en cassation et de condamner Guillaume Ducasse aux amendes portées par la loi ».

Par arrêt du 8 avril 1812,

« La cour joint les pourvois, et statuant d'abord sur celui dirigé contre l'arrêt du 28 août 1810,

» Attendu 1° que, d'après l'art. 114 du Code civil, le ministère public est chargé spécialement de veiller aux intérêts des absens, et doit être entendu sur toutes les demandes qui les concernent; d'où résulte que Paul-Marie Raymond étant présumé absent à l'époque de la demande dirigée contre lui en délaissement de la terre de Lavelannet, il était du devoir de ce magistrat de requérir, et de celui de la cour d'appel d'ordonner la nomination d'un administrateur de ses biens;

» Attendu 2° que, quand même la veuve Casse et Pierre-Paul Casse auraient mal à propos fondé leur opposition au jugement du tribunal de Foix, sur le décès dudit Paul-Marie Raymond, sans en justifier, cette circonstance ne s'opposait point à ce qu'il fût procédé à cette nomination sur l'appel par eux interjeté du jugement qui les avait déboutés de leur opposition; puisqu'en renonçant à leur qualité de prétendus héritiers, ils y avaient substitué celle de créanciers dudit Raymond, qui n'exigeait pas moins la présence d'un légitime contradicteur;

(1) *V.* l'article *Péremption*, sect. 1, §. 1, n° 19.

» En ce qui touche le pourvoi dirigé contre l'arrêt du 17 janvier 1811,

» Attendu 1° que la veuve Casse et Pierre-Paul Casse, en changeant de qualité sur cet appel, n'entendaient point pour cela former une nouvelle demande, mais seulement opposer une nouvelle exception à celle formée en délaissement de ladite terre de Lavelanet; d'où il suit que l'arrêt attaqué, en y statuant, n'a point contrevenu à l'art. 464 du Code de procédure qui n'est applicable qu'aux nouvelles demandes;

» Attendu 2° qu'encore bien que l'administrateur des biens dudit Raymond le représentât, la dame Casse et Pierre-Paul Casse n'en avaient pas moins le droit de rester en cause pour la conservation de leurs droits, et que d'ailleurs il n'a pas été conclu à leur renvoi;

» Attendu 3° que cet arrêt n'ayant point statué, comme le prétendent les demandeurs, par voie de tierce-opposition, mais seulement d'opposition simple, il n'est question que d'examiner si cette dernière était recevable; or, comme il est incontestable que Raymond aurait été fondé à user de cette voie contre un jugement qui ne l'avait condamné que par défaut, il ne l'est pas moins que ses créanciers, comme exerçant ses droits, ont été autorisés à user de la même voie, en se pourvoyant dans le délai utile contre le jugement qui avait refusé de statuer sur celle qu'ils avaient formée en leur nom;

» Attendu 4° que, si les jugemens rendus en matière criminelle, sont investis de la même autorité que ceux rendus en matière civile, ce ne peut être néanmoins que sous les mêmes conditions, et notamment qu'ils aient été rendus entre les mêmes parties. Or, dans l'espèce, le jugement criminel du 3 prairial de l'an 2 n'ayant été rendu que vis-à-vis la veuve Raymond, de laquelle les défendeurs éventuels n'étaient ni les héritiers ni les ayant-cause, il s'ensuit que, quelle que soit l'autorité qu'on lui suppose, il ne pouvait détruire celle résultant de l'arrêt du parlement de Paris, qui avait déclaré valable le Testament dont il s'agissait, non pas vis-à-vis de la veuve Raymond, qui n'était partie au procès qu'en qualité, mais en faveur des légataires institués; d'où il résulte qu'en le décidant ainsi, l'arrêt attaqué, loin d'avoir contrevenu aux lois de la matière, n'en a fait qu'une juste application;

» Attendu 5° qu'il devient, dès-lors, inutile d'apprécier le moyen résultant de la violation des lois relatives à la prescription;

» En ce qui touche le pourvoi dirigé contre l'arrêt du 20 mars 1811,

» Attendu que ce qui vient d'être dit sur le précédent pourvoi, relativement à l'autorité de la chose jugée, était à plus forte raison applicable au sieur Dispan, sur la demande contre lui formée en délaissement de la terre de Montpezat, ce qui dispense pareillement d'examiner la question de prescription par lui opposée à cette demande;

» La cour rejette lesdits trois pourvois..».]]

[[TESTAMENT CONJONCTIF. On a vu au mot *Testament*, sect. 2, §. 1, art. 1, que les Testamens conjonctifs ont été prohibés dans l'ancien territoire français, par l'ordonnance de 1735; que néanmoins cette loi les permettait en faveur des enfans, lorsqu'ils étaient conçus en forme de partage, et en faveur des époux dans les pays où ceux-ci pouvaient se faire des donations mutuelles à cause de mort; mais que le Code civil les a frappés d'une prohibition absolue.

I. Il ne s'est élevé jusqu'à présent, et il paraît qu'il ne peut s'élever sur cette matière, que deux questions par rapport aux testamens faits sous le Code civil.

1.° Doit-on réputer *conjonctifs* et annuler comme tels, deux testamens séparés par lesquels deux personnes disposent à cause de mort en faveur l'une de l'autre dans le même moment?

J'ai établi la négative dans un requisitoire du 26 juin 1807; et un arrêt de la cour de cassation, du 22 juillet de la même année, l'a consacrée formellement; ils sont rapportés l'un et l'autre à l'article *Donation*, sect. 11.

2.° Les Testamens olographes sont-ils assujétis à la prohibition générale des Testamens conjonctifs?

Cette question s'est présentée au sujet d'un Testament que les sieur et dame Cardon avaient fait, le 18 juin 1819, par un seul et même acte, sous seing-privé, et qui contenait, de la part de chacun d'eux, des dispositions distinctes en faveur de tiers. L'acte était entièrement écrit de la main du mari qui l'avait aussi daté et signé; mais la dame Cardon n'avait fait qu'y apposer sa signature.

Que ce Testament fût nul quant à la forme, cela n'eût pas été douteux, même sous les anciennes lois qui autorisaient à la fois et les Testamens olographes et les Testamens conjonctifs. *V.* ci-après, n.° 3.

Mais les légataires du mari ont prétendu qu'il devait valoir en leur faveur comme olographe; et à l'appui de ce paradoxe, ils ont soutenu que les Testamens olographes n'étaient pas compris dans la prohibition portée par l'art. 968 du Code civil.

Mais par arrêt de la cour supérieure de justice de Bruxelles, du 18 juillet 1822, confirmatif d'un jugement du tribunal de première instance de Gand, ils ont été déboutés de leur demande,

« Attendu que, dans la section du Code civil contenant les règles générales sur la forme des Testamens, les deux premiers articles portent sur les Testamens en général, et sans distiction d'aucune espèce; d'où il suit que la disposition de l'art. 968 prohibitive des Testamens conjonctifs, porte sur les Testamens olographes, de même que sur les autres espèces, et ce d'autant plus que ce n'est que par l'art. 969, immédiatement suivant, que la loi distingue, pour la première fois, les trois espèces de Testamens dont elle détermine, dans les articles suivans, les formes particulières à chacune d'elles;

» Attendu que l'art. 970 détermine ces formes particulières à l'égard du Testament olographe, en disant qu'il ne sera valable, s'il n'est écrit en entier, daté et signé de la main du testateur; d'où il résulte que ce même article, quand il ajoute que ce Testament n'est assujéti à aucune autre forme, étant entendu et restant restreint *pro subjectâ materiâ*, ne déroge pas pour cela à la disposition immédiatement précédente de l'art. 968, qui, disposant sur une forme commune, veut qu'aucun Testament ne puisse être fait dans le même acte par deux ou plusieurs personnes;

» Attendu que, par l'acte du 18 juin 1819, les conjoints ont disposé ensemble; et qu'ainsi, cet acte, pris pour Testament olographe, est frappé de nullité, par cela seul que ledit art. 968 ne veut pas qu'un Testament quelconque soit fait par plusieurs personnes dans un même acte;

» D'où il suit ultérieurement, que cet acte, quoique écrit en entier, daté et signé de la main de feu Cardon, est néanmoins nul, aussi à son égard, par la raison qu'il l'a fait conjointement avec son épouse;

» Attendu que, s'il est vrai qu'une seule et même disposition ne peut pas être écrite à la fois par deux personnes, il n'est pas pour cela exact de dire, que la disposition du même art. 968 serait oiseuse, en tant que l'on voudrait la faire porter sur les Testamens olographes, vu qu'antérieurement au code, lorsque les testamens conjonctifs étaient permis, il y en avait qui prétendaient qu'il n'était pas impossible qu'une telle disposition eût lieu pour un Testament olographe (1) ».

II. Il peut encore s'élever des contestations sur les Testamens conjonctifs qui ont été faits avant le Code civil, dans les pays qui, actuellement régis par ce Code, ne l'étaient pas précédemment par l'ordonnance de 1735.

Et d'abord, le Code civil a-t-il annulé ceux de ces Testamens qui avaient été faits avant sa publication, et dont les auteurs étaient encore vivans au moment où il est devenu obligatoire?

La négative résulte des conclusions et de l'arrêt de la cour de cassation, du 23 juin 1813, qui sont rapportés à l'article *Don mutuel*, §. 2, n° 2.

La cour d'appel de Liége en a d'abord jugé autrement dans une espèce où il s'agissait d'un Testament par acte public, du 16 juin 1790, par lequel Guillaume et Ferdinand Halleux, frères, domiciliés dans le Limbourg, s'étaient mutellement institués héritiers universels l'un de l'autre.

Ce Testament a été attaqué après la mort de Guillaume, arrivée en 1804, par deux moyens, l'un tiré de la loi du 17 nivôse an 2 qui prohibait toute institution d'héritier ou de légataire universel, l'autre fondé sur l'art. 968 du Code civil.

Ferdinand opposait au premier de ces moyens, que le Code civil avait ressuscité les institutions d'héritier qui, faites avant la loi du 17 nivôse an 2, avaient été annulées par elle (1); et au second, que les formalités des Testamens ne dépendent que de la loi sous laquelle ils ont été faits (2).

Le premier juge avait déclaré le Testament nul; et par arrêt du 30 germinal an 13, rendu contre les conclusions du ministère public, l'appellation a été mise au néant,

« Attendu que toutes les dispositions contenant institution universelle d'héritier, et dont l'auteur était encore vivant alors, ont été annulées par les lois des 17 nivôse et 22 ventôse an 2;

» Attendu que, si ces lois ont été abrogées par le Code civil, et que, si de cette abrogation on prétend tirer la conséquence que lesdits Testamens dont les auteurs étaient encore en vie à l'époque de la publication du Code civil, sont ressuscités et ont été rétablis dans leur premier état, cette conséquence ne pourrait être admise que pour autant que le Testament que l'on voudrait faire revivre, n'est pas du nombre de ceux que le Code civil a formellement proscrits;

» Attendu que, dans la présente cause, il

(1) Annales de jurisprudence de M. Sanfourche Laporte, année 1823, tome 2, page 103.

(1) *V.* l'article *Institution d'héritier*, sect. 1, n°. 7

(2) *V.* L'article *effet rétroactif*, sect. 3, §. 5.

s'agit d'un Testament conjonctif et mutuel; que cette espèce de Testament est prohibée par l'art. 968 du Code civil; et qu'ainsi, l'on ne peut pas prétendre qu'il ait fait revivre un Testament qui, s'il eût été rédigé après la publication de la loi du 13 floréal an 11, aurait été frappé de nullité par la force même de la loi que l'on invoque;

» Attendu que l'on ne peut pas dire que le Testament conjonctif et mutuel soit une simple formalité de Testament; qu'il est, au contraire, certain que c'est une forme ou une espèce de Testament; qu'ainsi, on ne peut appliquer à la présente contestation tous les principes invoqués par la partie appelante, pour prouver qu'un Testament doit être déclaré valable lorsqu'il a été rédigé selon toutes les formalités en usage au temps de sa confection, quoiqu'au temps de son ouverture, ces formalités soient changées (1) ».

Mais la question s'étant représentée quelque temps après, devant la même cour, et dans la même chambre, y a été jugée suivant les vrais principes.

Ferdinand Déjosé et Marie-Anne Déjosé, sa sœur, avaient, par un seul et même acte public, fait, avant le Code civil, un Testament par lequel ils se léguaient mutuellement l'universalité de leurs biens.

Le premier étant mort en 1806, sa co-testatrice s'est mise en possession de son hérédité. Mais elle y a été bientôt troublée par un créancier de Dieu-Donnée Déjosé, sa co-héritière *ab intestat*, lequel exerçant les droits de sa débitrice, a prétendu faire annuler le Testament en vertu de l'art. 968 du Code civil.

Le tribunal de première instance de Liége, entraîné par l'autorité de l'arrêt du 1er germinal an 13, a en effet déclaré le Testament nul.

Mais sur l'appel, ce jugement a été réformé par arrêt du 28 mars 1809, « attendu que l'acte » dont il s'agit, était autorisé par les lois exis» tantes au moment de sa confection, et qu'il » n'a été annulé par aucune loi postérieure, » puisque l'art. 968 du Code civil ne dispose » que pour l'avenir (2) ».

Le 7 juin de la même année, la cour d'appel de Turin, première et seconde chambre réunies, a rendu un arrêt semblable,

« Attendu que la teneur seule de cet article et de l'épigraphe de la section sous laquelle il se trouve placé, et que la circonstance qu'une disposition réciproque et mutuelle n'est défendue que lorsqu'elle est faite dans le même acte, suffisent pour convaincre que, par cette défense, la loi n'a entendu régler que la forme extrinsèque de l'acte;

» Que le Testament dont il s'agit, a été fait à Turin, le 14 novembre 1797, époque à laquelle les lois en vigueur en Piémont n'interdisaient point de réunir en un seul acte une disposition réciproque et mutuelle;

» Que c'est un principe que la jurisprudence uniforme des arrêts ne permet désormais plus de révoquer en doute, que tout acte quelconque, en ce qui tient à sa forme intrinsèque, la validité de laquelle ne peut demeurer en suspens, est réputé régulier et valable, lorsqu'il est rédigé d'après le prescrit des lois en vigueur au moment de sa confection (1) ».

Enfin, voici un arrêt de la cour supérieure de justice de Bruxelles qui met le sceau à cette jurisprudence.

Le 27 décembre 1794, les six enfans Fontaine demeurant à Charleroy, font un Testament conjonctif par lequel ils s'instituent mutuellement héritiers les uns des autres.

Trois des co-testateurs décèdent avant la publication de la loi du 17 nivôse an 2 dans la Belgique; mais deux, Nicolas et François Fontaine, ne meurent qu'après la publication du Code civil; et leurs successions deviennent la matière d'un procès entre leurs neveux qui se présentent comme héritiers *ab intestat*, et Marie-Ursule Fontaine, leur sœur et co-testatrice, qui réclame le tout en vertu du Testament conjonctif.

Ce Testament est nul de deux chefs, disent les neveux : il est nul, parceque la loi du 17 nivôse an 2 l'a anéanti, et qu'aucune loi postérieure ne l'a fait revivre; il est nul, parcequ'il est *conjonctif*, et que l'art. 968 du Code civil prohibe cette manière de tester.

Jugement du tribunal de première instance de Charleroy qui ordonne l'exécution du Testament.

Et sur l'appel, arrêt du 14 juin 1817, qui met l'appellation au néant,

« Attendu que le Testament conjonctif querellé par les appelans, a été passé valablement au temps de sa confection;

» Que les testateurs François et Nicolas Fontaine ayant survécu à la loi du 17 nivôse an 2, cette loi, émanée postérieurement à ladite confection, n'a pu influer sur la validité du Testament, puisqu'il est de principe que le temps intermédiaire entre la confection du Testament et la mort du testateur, ne peut

(1) Décisions notables des cours d'appel de Bruxelles et de Liége, tome 15, page 250.

(2) *Ibid.*, tome 17, page 250.

(3) Journal du Palais, tome 28, page 419.

être pris en considération : *tempora intermedia non spectantur;*

» Qu'ainsi, il ne s'agit, quant au second moyen de nullité, que d'examiner si l'art. 968 du Code civil, qui prohibe les testamens conjonctifs, a annulé ou rendu ce que l'on appelle en droit *irritum* ledit Testament, quoique valable à l'époque de sa confection ;

» Attendu que ledit art. 968 est placé sous la rubrique du Code qui régit les formes des Testamens, et ne défend, au surplus, les Testamens de plusieurs testateurs, que lorsqu'ils sont faits *dans un même acte ;* de sorte que ces testateurs sont *habiles* à faire les mêmes dispositions, lorsque celles-ci sont rédigées dans des actes *séparés ;*

» Qu'ainsi, l'article précité ne prohibe que la *forme* des Testamens conjonctifs, sans toucher à la capacité des testateurs ; d'où il suit que, dans l'espèce, le Testament dont il s'agit, valable dans sa forme, d'après les lois de l'époque de sa confection, est resté tel, malgré la disposition du prédit art. 968, qui, d'après ce qui précède, ne concerne que la forme extrinsèque des Testamens (1)».

III. Comment devaient s'y prendre, avant le Code civil, dans les pays où il était permis tout à la fois de faire des Testamens conjonctifs et de tester dans la forme olographe, les personnes qui voulaient tester conjointement dans cette forme ?

V. l'article *Testament*, sect. 2, §. 3, art. 4, n° 4.

IV. Un Testament conjonctif pouvait-il être révoqué par chacun des co-testateurs ; ou bien le concours de l'un et de l'autre était-il nécessaire pour en opérer la révocation ?

Toute loi particulière à part, le droit commun était que ces sortes de Testamens pouvaient toujours être révoqués par chacun des co-testateurs, à moins qu'ils n'eussent, en termes exprès, disposé confusément des biens l'un de l'autre.

V. le plaidoyer du 3 mars 1808, rapporté aux mots *Substitution fidéicommissaire*, sect. 7, §. 3, art. 4, n° 3, et mon *Recueil de Questions de Droit*, aux mots *Testament conjonctif*, §. 1 et 2.]]

*TIERCEMENT. C'est l'augmentation du tiers du prix d'une chose, après que l'adjudication en a été faite ; en sorte que, si le prix de l'adjudication est de 300 livres, le Tiercement doit être de 100 livres.

I. L'art. 31 du tit. 15 de l'ordonnance des eaux et forêts du mois d'août 1669 autorise quiconque a le droit de se rendre adjudicataire, à tiercer et doubler les ventes de bois, pour tous les triages, ou pour chacun en particulier, ainsi qu'ils ont été adjugés, jusqu'au lendemain de l'adjudication, à midi ; après lequel temps, on ne doit plus admettre ni Tiercement, ni doublement, sous quelque prétexte que ce soit.

L'art 32 veut que les Tiercemens et les doublemens se fassent au greffe dans le temps qu'on vient de dire, et qu'ils soient signifiés le même jour aux marchands adjudicataires et aux receveurs, en parlant à leurs personnes, ou au domicile qu'ils ont élu ; sinon, au greffe de la maîtrise, par un exploit qui doit exprimer formellement l'heure à laquelle il aura été fait, et les noms de ceux à qui le sergent aura parlé ; à peine de nullité de l'exploit.

Il est enjoint, par l'art. 34, aux greffiers, de marquer le jour et l'heure précise dans les actes qu'ils dressent et délivrent sur les adjudications, Tiercemens et doublemens ; à peine de 300 livres d'amende, et de tous dépens, dommages et intérêts, pour la première fois, et de pareille peine pour la seconde fois, outre la privation de leurs charges.

Le demi-Tiercement, qui est la moitié du Tiercement, ne doit être reçu que sur le Tiercement ; mais on peut, d'une seule enchère, faire le Tiercement et demi-Tiercement ; ce qui s'appelle *doublement*.

On doit ensuite signifier ce doublement à l'adjudicataire, qui peut y mettre une simple enchère ; et sur cette enchère, l'adjudicataire et le tierceur et doubleur doivent être reçus à encherir l'un sur l'autre, entre eux seulement, pour la vente demeurer définitivement au dernier enchérisseur : cela doit ainsi se faire pardevant le grand-maître ou le commissaire qui a fait l'adjudication, s'ils sont sur les lieux ; sinon, pardevant les officiers de la maîtrise. Telles sont les dispositions de l'art. 35.

Comme les règles qui déterminent le temps utile pour faire un Tiercement, doivent être observées à la rigueur, un arrêt rendu au conseil, le 17 février 1688, a cassé un Tiercement fait à la maîtrise d'Angoulême, après les vingt-quatre heures.

D'autres arrêts du conseil, des 28 mars 1711 et 14 avril 1715, ont pareillement cassé des Tiercemens qui avaient été faits de relevée. (GUYOT.)*

[[II. Toutes ces règles ont été observées

(1) Jurisprudence de la cour supérieure de Bruxelles, tome 1, année 1817, page 6.

jusqu'à la publication du Code forestier du 21 mai 1827.

L'art. 6 de l'arrêté du directoire exécutif, du 5 thermidor an 5, concernant les adjudications de bois nationaux, portait que « les » dispositions de l'ordonnance de 1669, relatives au Tiercement et doublement, seraient » rappelées dans les cahiers des charges des » adjudications, et seraient exécutées selon » leur forme et teneur ».

De là ; les articles suivans du cahier des charges des adjudications de 1809, arrêté par l'administration générale des forêts, le 6 juillet 1808, et approuvé par le ministre des finances :

« Art. 15. Pourront toutes personnes non prohibées et reconnues solvables, tiercer, demi-tiercer et doubler les ventes, jusqu'au lendemain, midi, du jour de l'adjudication ; après lequel temps, il n'y aura plus lieu au Tiercement, demi-Tiercement ou doublement, sous quelque prétexte et pour quelque considération que ce puisse être.

» 16. Le Tiercement, même le doublement fait dans le délai ci-dessus fixé, n'empêcheront pas de nouveaux tierceurs ou doubleurs d'être admis, pourvu qu'ils se présentent dans le même délai.

» 17. Les déclarations de Tiercemens, demi-Tiercemens ou doublemens, seront faites au secrétariat du lieu de la vente.

» Ces Tiercemens, demi-Tiercemens ou doublemens, seront signifiés, le même jour, par un huissier ou garde forestier, au receveur du domaine et aux adjudicataires, en parlant à leurs personnes, ou à domicile, s'il en a été élu ; sinon, audit secrétariat, par exploit qui contiendra ponctuellement l'heure à laquelle il aura été donné ; et les noms de ceux à qui les huissiers ou gardes-forestiers auront parlé ; le tout, à peine de nullité.

» 18. Le demi-Tiercement ne sera reçu que sur le Tiercement ; mais on pourra, d'une seule enchère, faire le Tiercement et demi-Tiercement ; ce qui s'appelle *doublement*.

» 19. Ces actes, dûment faits et signifiés, l'adjudicataire sera reçu à y mettre une simple enchère : et sur cette enchère, l'adjudicataire, les tierceurs et les doubleurs seront reçus à enchérir les uns sur les autres, entre eux seulement ; et la vente demeurera au dernier enchérisseur, sans plus revenir.

» 20. Tout Tiercement et doublement faits par l'adjudicataire sur lui-même, ne pourront être considérés que comme un supplément d'enchères, et n'empêcheront pas de surenchérir ce Tiercement et doublement. En ce cas, les offres des enchérisseurs seront signifiées, dans le même jour, à l'adjudicataire ; et le concours d'enchères ordonné par l'article précédent, sera établi entre eux.

» 21. Dans le cas où aucun des adjudicataires, tierceurs, doubleurs ou enchérisseurs, ne voudrait surenchérir, la vente demeurera à celui qui, le premier, aura, ou tiercé, ou enchéri ».

III. A qui du pouvoir judiciaire ou de l'autorité administrative appartenait la connaissance des contestations auxquelles donnaient lieu les Tiercemens ?

Voici un décret du 19 août 1813, qui décide qu'elle appartenait au pouvoir judiciaire :

« Sur le rapport de notre grand-juge ministre de la justice, relatif à un arrêté de conflit élevé par le préfet du département de l'Aube, le 25 novembre 1812, dans une contestation pendante entre les sieurs Angevin et Gallot, et l'administration des domaines, au sujet du Tiercement fait par le sieur Angevin à une coupe de bois adjugée au sieur Gallot ; vu ledit arrêté ; vu le jugement rendu le 20 novembre 1812, par le tribunal de première instance de Troyes ; vu la lettre de notre directeur-général de l'administration de l'enregistrement et des domaines ; vu la communication de l'arrêté de conflit faite par notre grand juge ministre de la justice aux sieurs Gallot et Angevin qui n'ont point répondu dans les délais du réglement ;

» Considérant que la question que présente cette affaire, est de savoir si le Tiercement fait par le sieur Angevin, est valable, s'il est régulier et conforme aux mesures prescrites en pareil cas ; qu'une pareille question est évidemment du ressort des tribunaux ; et que, dès lors, le conflit dont il s'agit, n'est pas fondé ;

» Notre conseil d'état entendu, nous avons décrété et décrétons ce qui suit :

» L'arrêté du préfet du département de l'Aube, du 25 novembre 1812, par lequel il élève le conflit d'attribution entre les autorités administrative et judiciaire, est annulé ».

IV. Aux dispositions de l'ordonnance de 1669 concernant le tiercement, l'art. 25 du Code forestier du 21 mai 1827 substitue les suivantes » :

« Toute personne capable et reconnue solvable, sera admise, jusqu'à l'heure de midi du lendemain de l'adjudication, à faire une offre de surenchère, qui ne pourra être moindre du cinquième du montant de l'adjudication.

» Dès qu'une pareille offre aura été faite, l'adjudicataire et les surenchérisseurs pourront faire de semblables déclarations de simple surenchère jusqu'à l'heure de midi du surlendemain

de l'adjudication, heure à laquelle le plus offrant restera définitivement adjudicataire.

» Toutes déclarations de surenchère devront être faites au secrétariat qui sera indiqué par le cahier des charges, et dans les délais ci-dessus fixés; le tout, sous peine de nullité.

» Le secrétaire commis à l'effet de recevoir ces déclarations, sera tenu de les consigner immédiatement sur un registre à ce destiné, d'y faire mention expresse du jour et de l'heure précise où il les aura reçues, et d'en donner communication à l'adjudicataire et aux surenchérisseurs, dès qu'il en sera requis; le tout, sous peine de trois cents francs d'amende, sans préjudice de plus fortes peines en cas de collusion.

» En conséquence, il n'y aura lieu à aucune signification des déclarations de surenchère, soit par l'administration, soit par les adjudicataires et surenchérisseurs ».

V. Du reste les contestations qui s'élèvent sur la validité des surenchères, aujourd'hui substituées aux Tiercemens, ne sont plus de la compétence du pouvoir judiciaire. L'art. 26 du Code forestier en attribue la connaissance aux conseils de préfecture]].

TIERCE-OPPOSITION. *V.* l'article *Opposition (Tierce)*.

TIERS. Qu'est-ce qu'un tiers dans le sens de l'art. 1328 du Code civil? *V.* Mon *Recueil de Questions de droit*, au mot *Tiers*, §. 2.

TIERS COUTUMIER. C'est, dans la coutume de Normandie, ce qu'on désigne ailleurs par les termes *douaire des enfans*.

Comme il en a été suffisamment parlé sous le mot *Légitime*, on n'y reviendra plus ici; on rapportera seulement deux arrêts qui sont intervenus depuis peu, sur cette matière, au parlement de Rouen. Voici l'espèce du premier.

I. Le sieur Lainé ayant déjà aliéné la majeure partie de sa fortune, a vendu au comte de Matignon, par contrat du 30 juillet 1754, un jardin situé à Gacé, contenant quatre perches, pour le prix de 350 livres. Depuis, il a dissipé le peu qui lui restait.

Le comte de Matignon a fait bâtir sur le terrain qu'il avait acheté, une école publique, qui lui a coûté sept à huit mille livres.

Après la mort du sieur Lainé, sa veuve et son fils ont renoncé à sa succession, et ont assigné les acquéreurs au bailliage d'Orbec, pour liquider le douaire de l'une, et le Tiers-coutumier des autres.

Il a été, en conséquence, procédé à l'estimation des biens du sieur Lainé père.

La maison bâtie par le comte de Matignon, devait-elle entrer dans cette estimation, et augmenter d'autant le Tiers-coutumier?

Les enfans ont soutenu l'affirmative; et le bailliage d'Orbec, adoptant leur prétention, a ordonné, par sentence du 22 juin 1778, que la maison serait estimée, et entrerait dans la liquidation du Tiers-coutumier.

Mais le sieur Loup, tuteur onéraire de la demoiselle de Matignon, s'étant rendu appelant de cette sentence, elle a été infirmée par arrêt rendu à la première chambre des enquête, le 10 juillet 1782.

II. La question qui a donné lieu à l'autre arrêt, est traitée à l'article *Légitime*, sect. 2, §. 2, n° 3: c'est de savoir si, en Normandie, les biens qui composent le douaire de la femme, forment essentiellement et matériellement le Tiers des enfans.

Le sieur D..... ayant dérangé ses affaires, son épouse obtint des lettres de séparation civile: elles furent entérinées, le 6 mai 1780, au bailliage de Falaise. Par la sentence, la dame D... fut autorisée à faire procéder à la liquidation de sa dot, de son douaire, de ses biens paraphernaux, et des autres droits auxquels la séparation civile donne ouverture, suivant la jurisprudence normande, comme la mort naturelle du mari.

Cette sentence fut signifiée, le 10 du même mois, aux créanciers en général du sieur D..., à trois créanciers particuliers de sommes peu considérables, et au sieur D.... lui-même.

Après cette opération, la dame D... fit des *lots à douaire*.

Les 9 et 15 décembre suivant, elle les fit signifier à son mari, aux créanciers particuliers dont on vient de parler, et aux créanciers en général; ils furent tous assignés pour en prendre communication chez un notaire.

Le sieur D..... ayant demandé que le dépôt fût fait chez Me Rioust, l'ancien des procureurs du bailliage de Falaise, la dame D..... a interpelé toutes les parties de se trouver, le 27 décembre, à l'heure indiquée, chez Me Rioust, avec sommation, en cas de refus, de comparaître, le 18 janvier 1781, à la barre du greffe du bailliage.

Ni les créanciers, ni le sieur D.... n'ont comparu le 27 décembre 1780, chez Me Rioust.

Le 18 janvier 1781, le sieur D.... et les trois créanciers particuliers se sont présentés à la barre du greffe.

Le même jour, sentence qui prononce ce qui suit :

« Le procureur du roi a pris et choisi, tant » pour le sieur D.... que pour ses créanciers » en général et en particulier, et du consente- » ment des créanciers présens, lesquels ont » déclaré n'apporter aucun blâme auxdits lots, » les premier et second desdits lots ; et de no- » tre office, avons delivré le troisième et der- » nier d'iceux à ladite dame D...., pour par » elle en jouir à titre de douaire, et duquel » nous l'avons, quant à présent, envoyée en » possession et jouissance dudit lot ».

Le 25 février 1781, le sieur Legost, créancier de 3,624 livres, a fait décréter une partie des biens composant le premier et le second lot.

Cependant, le 8 octobre, les sieurs Caboulet frères, créanciers de plus de 35,000 livres du sieur D....en vertu d'un contrat passé devant notaires, à Rouen, le 9 novembre 1780, et déposé au bureau des hypothèques, ont été interpellés, quoique, jusqu'à ce moment, ils n'eussent été appelés à aucune opération, de se présenter au décret pour la conservation de leurs droits.

Le 24 mars, la dame D... est intervenue au décret, pour demander les réparations sur son lot à douaire.

Le 24 octobre suivant, les sieurs Caboulet s'y sont aussi présentés, et se sont rendus adjudicataires de trente-six acres de terre, pour 14,770 livres.

Le lendemain 25, ils ont consigné le titre de leur créance, pour valoir cautionnement de leurs enchères. Depuis, ils ont réalisé leur consignation en argent.

La dame D... a exhibé la sentence de séparation civile et celle qui lui adjuge son lot à douaire, et s'est opposée pour les réparations à faire. Il a été dressé un procès-verbal estimatif de ces réparations, et l'adjudication en a été faite au rabais.

Le 11 décembre 1781, les sieurs Caboulet se sont rendus opposans à la sentence de *choisie des lots*, et ont pris, en tant que besoin, des lettres de restitution.

La dame D.... a soutenu qu'ils étaient à-la-fois non-recevables et mal fondés, 1° parce qu'elle avait rempli toutes les formalités requises pour parvenir *à la choisie des lots* ; 2° parceque cette *choisie* ayant été faite d'après l'intimation des créanciers en général, en présence du ministère public, les sieurs Caboulet et les autres étaient enchaînés par ce double lien ; 3° parceque les sieurs Caboulet, en intervenant dans ce décret, et s'y rendant adjudicataires, avaient tout approuvé.

Le 24 août 1782, sentence qui ordonne, avant faire droit sur l'opposition, qu'il sera dressé procès-verbal estimatif des trois lots dont il s'agit, *en tant que du revenu seulement de chacun d'iceux*.

Les sieurs Caboulet se sont rendus appelans de cette sentence, sur le fondement que le juge aurait dû, *de plano*, casser *la choisie des lots* comme nulle, ou du moins ordonner l'estimation des fonds, *eu égard à leur valeur intrinsèque*.

Les sieurs Ridel et de Persac, autres créanciers du sieur D...., sont intervenus, et ont adhéré aux conclusions des sieurs Caboulet.

La cause portée à l'audience de la grand'-chambre, ils ont dit, par l'organe de M. Leboucher-Dutronchet,

1° Que *la choisie des lots* était nulle, parce qu'il ne suffisait pas à la dame D..... d'avoir intimé trois créanciers à son choix, suivant les règles ordinaires, et les autres à cri public, surtout lorsque, parmi ces derniers, plusieurs avaient des hypothèques certaines et connues, et que, dans ce cas, le ministère public n'était point un contradicteur suffisant ;

2° Parceque les sieurs Caboulet n'avaient approuvé les lots, ni par le sieur Legost, qui n'était point leur porteur de pouvoir, encore moins syndic des créanciers, ni par eux-mêmes, puisqu'au moment où ils s'étaient rendus adjudicataires au décret, ils ne connaissaient pas les lots ; parceque d'ailleurs il est tout différent d'enchérir des biens décrétés, ou de ratifier des lots qui ne sont point connus, et qui ont été faits à l'insçu des intéressés ; que ce moyen avait encore plus de force dans la bouche des sieurs Ridel et de Persac, qui n'avaient point paru au décret ; qu'au surplus, les sieurs Caboulet avaient pris des lettres en tant que besoin, contre leur prétendue ratification.

Passant ensuite à l'estimation des biens qui composaient les lots, ils ont soutenu que celui qui était resté à la dame D...., valait plus de 30,000 livres au-delà des deux autres lots réunis.

Enfin, discutant le point de savoir si l'estimation des biens devait se faire suivant leur valeur intrinsèque, ou suivant leur valeur extrinsèque, ils ont invoqué l'ancienne coutume de Normandie, qui fixe le douaire de la femme au Tiers *de tout le fief* du mari lors des épousailles ; ils ont cité la coutume réformée, art. 367 : *Consiste le douaire en l'usufruit du Tiers des choses immeubles.* Art. 371 : *La femme ne peut avoir, en douaire, plus que le Tiers de l'héritage.* Art. 399 : *La propriété du Tiers de l'immeuble, destiné par la cou-*

tume pour le douaire de la femme, est acquis aux enfans du jour des épousailles. Ils ont invoqué également l'art. 249 de la coutume de Paris : *Le Tiers-coutumier de la femme est le propre héritage des enfans vivans dudit mariage.* Ils ont conclu de ces textes, que le douaire de la femme est matériellement la même chose que le Tiers-coutumier des enfans, sauf la différence de la propriété à l'usufruit ; que conséquemment, il serait contre la coutume de liquider l'un sans l'autre : qu'il fallait donc, dans les deux cas (qui concourent toujours ensemble quand il y a des enfans), estimer les biens suivant leur valeur intrinsèque.

M. Thieulen, avocat de la dame D... [[depuis mort premier président de la cour d'appel de Rouen]], a dit, au contraire, que les sieurs Caboulet s'étant rendus adjudicataires de partie des biens décrétés, et ne s'étant point opposés à ce que la dame D... se fît colloquer pour les réparations de son lot à douaire, ils avaient tacitement approuvé les lots ; que les lettres de rescision, auxquelles ils avaient eu recours, en étaient une nouvelle preuve ; que le lot de la dame D..., composé d'un fief, de bois de haute-futaie, et de beaucoup d'autres objets peu intéressans pour une usufruitière, n'était pas extrinsèquement de valeur plus considérable que chacun des deux autres lots.

Quant à l'estimation de la valeur intrinsèque, il a soutenu qu'elle ne pouvait pas avoir lieu, parceque les lots dont il s'agissait, n'avaient pour objet qu'un usufruit ; que le douaire de la dame D...., dans l'espèce particulière, n'avait rien de commun avec le Tiers-coutumier des enfans, qui n'avaient été représentés par personne dans *la choisie*, et ne demandaient rien. Il a cité les art. 400 et 405 de la coutume, et les art. 85, 86 et 89 du réglement de 1666 ; et il en a conclu qu'il est bien des cas où le Tiers-coutumier des enfans se règle autrement que le douaire de la mère.

Revenant sur l'art. 399, si précis sur cette matière, il a établi que son seul but est de fixer l'époque à laquelle le douaire est acquis à la femme, et le Tiers-coutumier aux enfans.

Enfin, il a dit qu'il serait injuste, dans la position des choses, d'estimer intrinsèquement la valeur des fonds ; que, par cette estimation, l'usufruit de la dame D.... se trouverait réduit à peu de chose, quant à l'utilité ; qu'il n'était ni possible ni raisonnable de supposer que la femme, pour son douaire, dût avoir moins lorsqu'elle a des enfans, que lorsqu'elle n'en a point.

Par arrêt du 11 février 1783, la cour, adoptant les moyens de défense de M. Thieulen et par conséquent la doctrine que nous avons établie au mot *Légitime*, a mis purement et simplement l'appellation au néant.

[[III. L'art. 61 de la loi du 17 nivôse an 2 ayant abrogé *toutes les lois, coutumes, usages et statuts relatifs à la transmission des biens par succession*, il s'est agi de savoir si, par là, le Tiers-coutumier se trouvait aboli ; et l'affirmative a été prononcée, tant par l'art. 49 du décret du 22 ventôse suivant, que par l'art. 24 du décret du 9 fructidor de la même année.

Mais les enfans nés de mariages contractés avant la loi du 17 nivôse an 2, sont-ils privés par cette loi, du Tiers-coutumier sur les biens de leur père mort depuis ?

Les cours d'appel de Rouen et de Caen ont d'abord été partagées sur cette question ; la première la jugeait affirmativement ; la seconde la décidait dans le sens contraire.

Mais la jurisprudence de la première a prévalu : quatre arrêts de la cour de cassation, des 29 messidor, 4 thermidor et 2 fructidor an 12 et 27 frimaire an 13, ont cassé des arrêts de la cour d'appel de Caen, qui, dans des successions ouvertes après la publication de la loi du 17 nivôse an 2, avaient adjugé le Tiers-coutumier à des enfans nés de mariages contractés auparavant.

Les trois premiers de ces arrêts sont rapportés dans mon *Recueil de Questions de droit*, aux mots *Tiers-coutumier* ; voici le quatrième, tel qu'il est rapporté dans le *Bulletin civil* de la cour de cassation :

« Joachim-François Lemazier avait contracté mariage avec Susanne Joly, le 27 juillet 1777 ; de cette union étaient issues trois filles.

» Au mois de pluviôse an 10, Victor Houel, créancier hypothécaire de Lemazier, avait mis en expropriation forcée ses biens immeubles.

» Avant leur adjudication, les demoiselles Lemazier étaient intervenues aux fins de distraction à leur profit du Tiers-coutumier à prendre sur la masse des biens expropriés.

» Par jugement du 22 pluviôse an 10, le tribunal civil de l'arrondissement de Bayeux les avait déclarées non-recevables ; mais elles y avaient été admises par arrêt de la cour d'appel de Caen, du 25 frimaire an 11.

» Sur le pourvoi de Victor Houel, la cassation a été prononcée.

» La cour de cassation s'est fondée sur la disposition textuelle de l'art. 61 de la loi du 17 nivôse an 2, qui abolit toutes lois, coutumes, usages et statuts relatifs à la transmission des biens par succession ou donation ; sur celle

de l'art. 45 du décret du 22 ventôse suivant, qui confirme la précédente dans les termes les plus formels ; et sur l'art. 34 de la loi du 9 fructidor de la même année, qui ne maintient que les Tiers-coutumiers réglés avant le 14 juillet 1789 ; d'où elle a conclu que cette disposition coutumière ne donnait aux enfans qu'une seule espérance de succéder au Tiers-coutumier, qui, lorsqu'il n'était ni ouvert ni réglé dans les cas où il était admis par la coutume ou par l'usage observé dans la ci-devant province de Normandie, se trouvait compris dans l'abolition générale de toutes les formes et de tous les modes de transmission de biens à titre gratuit, différens de ceux adoptés par ces dernières lois.

» Ouï le rapport de M. Cochard et les conclusions de M. Giraud, substitut du procureur-général;

» Vu l'art. 61 de la loi du 17 nivôse an 2 ; l'art. 49 du décret du 22 ventôse même année ; et l'art. 34 de la loi du 9 fructidor suivant;

» Considérant que, bien qu'il paraisse par l'art. 399 de la coutume de Normandie, que la propriété du Tiers appartenait aux enfans du jour du mariage, néanmoins elle ne leur appartenait réellement que par la mort du père ou par la saisie réelle de tous ses biens, conformément à l'usage qui s'en était introduit ; que, jusqu'alors, ils n'avaient qu'une simple espérance d'y succéder, *solam habebant spem succedendi ;* que leur action pour ce Tiers ne commençait à naître que par la mort naturelle ou civile du père, ou par sa déconfiture, étant incertain s'ils lui survivraient et s'ils répudieraient sa succession ; que, pour accepter ce Tiers, ils étaient obligés de renoncer à la succession, conformément à l'art. 401 de la coutume, et que, jusqu'alors, ils ne pouvaient le vendre, engager et hypothéquer, ni même le transmettre à des collatéraux, parce qu'ils n'en étaient saisis que par leur renonciation ;

» Considérant qu'on ne peut pas douter que le Tiers-coutumier n'ait été atteint par l'art. 61 de la loi du 17 nivose an 2, puisque l'art. 49 de celle du 22 ventôse suivant déclare que c'est une disposition statutaire, et que cette décision est confirmée par l'art 34 de la loi du 9 fructidor, qui, dans le cas proposé, ne maintient le Tiers-coutumier que parcequ'il était réglé par un contrat entre-vifs fait depuis son ouverture, ce qui le mettait hors de l'espèce générale; d'où il suit qu'étant aboli pour tous les cas arrivés depuis la promulgation des lois ci dessus citées, il était également éteint lors de la mise en expropriation forcée de tous les biens de Joachim-François Lemazier, père des défenderesses, qui n'a eu lieu qu'en l'an 10 ;

» Par ces motifs, la cour casse et annulle...»

IV. Cette jurisprudence est-elle applicable au Tiers-coutumier qui, avant la loi du 17 nivôse an 2, a été assigné aux enfans par un jugement rendu entre leur père et ses créanciers ?

En 1766, Antoine-Raphilde de Brancas épouse Louise de Lowendal.

Le 12 août 1784, sentence du châtelet de Paris qui les sépare de biens.

Le 28 octobre suivant, le sieur de Brancas abandonne tous ses biens à ses créanciers unis.

Le 5 janvier 1785, les créanciers unis renoncent à l'abandonnement que leur a fait le sieur de Brancas, et celui-ci s'oblige de passer une procuration pour régir en son nom, mais à leur profit, tous les biens qu'il possede, distraction préalablement faite de ce qui sera nécessaire, tant pour composer le Tiers-coutumier de ses enfans dans les immeubles situés en Normandie, que pour remplacer des actions de la compagnie des Indes, substituées dans sa personne par la dame de Lassay, et qui n'existent plus.

Le 22 septembre 1786, arrêt du conseil, qui, sur la requête du sieur de Brancas et de son épouse, évoque les différends nés et à naître entre eux et leurs créanciers, notamment sur la fixation du Tiers-coutumier et le remplacement de la substitution ; et les renvoie devant une commission composée de maîtres des requêtes.

Le 30 décembre suivant, arrêt du parlement de Paris, qui infirme la sentence de séparation de biens obtenue au châtelet par la dame de Brancas.

Le 7 août 1787, jugement de la commission instituée par l'arrêt du conseil du 22 septembre 1786, qui, après avoir adjugé aux créanciers tous les biens compris dans un état général, pour être vendus à leur requête, ordonne *que l'état particulier contenant les biens abandonnés par lesdits sieur et dame de Brancas, pour remplir leurs enfans, tant de la substitution établie à leur profit par la feue dame de Lassay, que du Tiers-coutumier appartenant auxdits enfans, suivant la coutume de Normandie, sera exécuté ;* en conséquence, que les biens désignés dans la première partie de cet état, *appartiendront auxdits enfans pour leur tenir lieu des actions de la compagnie des Indes chargées à leur profit de ladite substitution, et en demeure-*

ront chargés, s'il y a lieu, conformément audit testament...; et que le restant des biens compris dans ledit état, tous situés dans la province de Normandie, évalués 991,969 livres, sera et demeurera auxdits enfans pour le Tiers-coutumier à eux appartenant suivant la coutume de Normandie.

Ce jugement reçoit sa pleine exécution quant aux biens adjugés aux créanciers.

A l'égard de ceux qui sont assignés aux enfans, à titre de substitution et de Tiers-coutumier, le sieur de Brancas en conserve la jouissance

Le 2 août 1806, le sieur de Brancas vend au sieur Sourdat une portion des biens compris dans le lot du Tiers-coutumier.

Par exploit du 25 du même mois, Waldémar de Brancas, fils, attaque cette vente, et forme en même temps, contre son père, une demande en délaissement de tous les biens qui lui ont été assignés, ainsi qu'à ses frères et sœurs, pour leur Tiers-coutumier, par le jugement du 7 août 1787.

Le sieur de Brancas père défend à cette demande, et fait assigner Louis-Marie-Raphilde de Brancas, son fils aîné, en déclaration du jugement commun.

La cause portée à l'audience du tribunal de première instance du département de la Seine, Waldemar de Brancas et son frère aîné soutiennent que le jugement du 7 août 1787 leur a transféré la propriété actuelle des biens qu'il leur a assignés pour leur Tiers-coutumier; qu'ainsi, l'abolition du Tiers-coutumier prononcée par la loi du 17 nivose an 2, n'a pu avoir aucun effet contre eux; et que l'art 34 du décret du 9 fructidor an 2 décide la question en leur faveur.

Le 6 avril 1808, jugement par lequel,

« Attendu que de l'art. 61 de la loi du 17 nivôse an 2, et de l'art. 49 du décret du 22 ventôse suivant, il résulte que le Tiers-coutumier établi par la coutume de Normandie, est aboli;

» Que de l'art. 34 de la loi du 9 fructidor an 2, il résulte qu'il n'y a d'exception à cette abolition générale, qu'en faveur des Tiers-coutumiers qui se trouvaient avoir été réglés contradictoirement avec les parties intéressées avant le 14 juillet 1789;

» Que le Tiers-coutumier réclamé par Waldemar de Brancas, n'a point été réglé contradictoirement avec les parties intéressées par le jugement de la commission du conseil, du 7 août 1787, puisque la dame de Brancas ni ses enfans n'ont été parties audit jugement, n'ont formé aucune demande devant la commission, et que par conséquent ce jugement n'a statué que dans l'intérêt unique des créanciers de Brancas père:

» D'où il suit que la propriété des biens affectés au Tiers-coutumier par ledit jugement, n'a jamais cessé de résider sur la tête dudit Brancas père, et qu'elle y reposait encore au moment où la loi du 17 nivose an 2 a été promulguée;

» Le tribunal déclare le sieur Waldémar de Brancas purement et simplement non-recevable...., déclare le présent jugement commun avec Louis-Marie-Raphilde de Brancas....».

Les sieurs de Brancas fils appellent de ce jugement.

Le 5 août de la même année, arrêt qui, « adoptant les motifs des premiers juges, met » l'appellation au néant ».

Louis-Marie-Raphilde de Brancas se pourvoit en cassation.

« Fausse application de l'art. 61 de la loi du 17 nivose an 2, et violation de l'art. 34 du décret du 9 fructidor de la même année : tels sont (ai-je dit à l'audience de la section des requêtes, le 20 avril 1809) les moyens de cassation que vous propose le demandeur.

» Le demandeur reconnaît que, par l'art. 61 de la loi du 17 nivose an 2, le Tiers-coutumier est aboli, même à l'égard des enfans nés de mariages contractés avant cette loi; mais il prétend que cet article est inapplicable au Tiers coutumier qui, avant cette loi, avait été liquidé entre le père tombé en déconfiture, et ses créanciers; et il soutient que, bien loin que cet article ait dépouillé les enfans du droit que cette liquidation leur avait, suivant lui, assuré, l'art. 34 du décret du 9 fructidor an 2 le leur a conservé en termes exprès.

» Pour apprécier ce système, nous devons nous fixer sur le *fondement*, l'*objet* et le *résultat* de la jurisprudence qui, avant la loi du 17 nivose, autorisait les enfans, en Normandie, à se faire délivrer leur Tiers-coutumier du vivant de leur père, soit lorsque leur mère obtenait contre lui une séparation de biens, soit lorsqu'il essuyait, de la part de ses créanciers, des poursuites qui le constituaient en faillite ou déconfiture.

» Cette jurisprudence n'avait pas son *fondement* dans la coutume de Normandie; elle était au contraire en opposition avec le texte de cette coutume; car l'art. 399 de cette coutume ne déférait aux enfans le tiers des biens dont leur père avait été saisi au moment de son mariage, ou qui lui étaient advenus depuis en ligne directe, que sous la condition de *renoncer à la succession;* et il est sensible que l'accomplissement de cette condition était impossible pour eux, tant que vivait leur père,

quoique d'ailleurs il fût, ou séparé civilement de leur mère, ou dépossédé de tous ses biens par ses créanciers.

» Comment donc cette jurisprudence s'était-elle introduite ? Basnage, sur l'art. 399, nous l'apprend en ces termes : *Il n'eût pas été juste qu'un père, mauvais ménager, après avoir dissipé tous ses biens, eût encore joui de cette portion que la loi avait réservée pour ses enfans, et qu'elle destinait pour leurs alimens; il a fallu prévenir ce désordre, et, par une fiction favorable, sans attendre la mort naturelle, introduire une mort civile qui eût le même effet, et, par ce moyen, ôter au père la jouissance du Tiers, pour la faire passer à ses enfans, même durant sa vie..... Par la mort civile, nous n'entendons pas seulement la peine qui emporte le bannissement ou la confiscation des biens, soit par contumace ou autrement, mais même la séparation de biens, ou le décret des biens du mari en intégrité ou de la meilleure partie.*

» La jurisprudence dont il s'agit, n'avait donc d'autre *fondement* que des considérations de pure équité; et l'on voit déjà quel était son *objet :* c'était d'assurer aux enfans un secours alimentaire; c'était de faire refluer ce secours jusqu'au père lui même, avec qui les enfans devaient, comme l'ont jugé plusieurs arrêts rapportés par Basnage, partager, pendant tout le temps qu'il vivait, les fruits des biens qui devaient former un jour leur Tiers-coutumier.

» Il est maintenant bien facile d'apercevoir quel *résultat* devait avoir cette jurisprudence, par rapport à la propriété des biens ainsi assignés aux enfans, du vivant de leur père, à titre de Tiers-coutumier.

» Dès que les enfans ne pouvaient devenir propriétaires de leur Tiers-coutumier, qu'en renonçant à la succession de leur père, dès qu'ils n'acquéraient, par la déconfiture de leur père, que le droit de recueillir, par anticipation, les fruits des biens affectés à cette portion légale de sa fortune, il est clair que la propriété de ces biens ne leur était pas, des-lors, transmise; il est clair que ces biens demeuraient toujours dans le patrimoine de leur père.

» C'est ce qu'enseignent, en effet, tous les commentateurs de la coutume de Normandie.

» *Si la jouissance* (dit Pesnelle, sur l'art. 399, page 475) *que doit avoir le père pendant sa vie, a été interprétée par une fiction qui fait réputer que le père ne vit plus, quand il est dépossédé de ses biens par un décret, on ne peut pas étendre cette fiction à l'égard de la clause de cet article par laquelle il est déclaré que les enfans ne peuvent vendre ni hypothéquer leur Tiers qu'après la mort de leur père; car, à cet égard, le terme de* mort *ne s'entend que de la naturelle, étant certain qu'il n'y a aucun cas auquel les enfans puissent aliéner ni engager leur douaire, pendant que leur père est* in rerum naturâ, *parceque,* PENDANT CE TEMS, CE N'EST PAS LEUR BIEN.

» Basnage dit la même chose sur le même article : *Quoique, par une explication favorable, pour ôter la jouissance du Tiers-coutumier au père mauvais ménager ou décrété, on ait donné à la mort civile le même effet qu'à la mort naturelle, il n'en est pas de même lorsqu'il est question d'ôter aux enfans le pouvoir d'en mal user durant la vie du père : on n'entend, en ce cas, par le terme de* mort, *que la mort naturelle.*

» Même langage de la part de Flaust, tome 1, page 619 : *Tant que le père jouit de la vie civile, le fils ne pourra aliener son Tiers-coutumier; le décret de ses biens, la ruine totale de ses affaires, la séparation de biens,* etc., *n'ouvriront point le droit de vendre ou d'hypothéquer le Tiers-coutumier. C'est alors qu'on peut dire que les enfans ne peuvent avoir le Tiers-coutumier qu'après avoir renoncé, et qu'ils ne peuvent renoncer qu'après la mort.*

» Cette doctrine est justifiée par un arrêt du 26 novembre 1647, que l'annotateur de Berault nous retrace en ces termes, tome 2, page 94, édition de 1776 : *Une femme, après avoir fait prononcer sa séparation, s'était fait donner le tiers des biens de son mari pour son douaire. Elle avait un garçon et une fille. La mère étant morte, le fils vendit ce Tiers, et décéda avant son père. Après la mort du père, la fille attaqua la vente, prétendant qu'elle était nulle, n'y ayant eu que la mort du père qui avait donné ouverture à la demande du Tiers-coutumier; que son frère étant décédé avant son père, la demande en Tiers-coutumier était ouverte en sa faveur. Par l'arrêt, le contrat fut déclaré nul.*

» Enfin, la séparation civile et le décret des biens operaient si peu l'ouverture proprement dite du Tiers-coutumier, que, si, après que les enfans avaient obtenu la jouissance provisoire de leur Tiers, le père venait à décéder avec une fortune supérieure à cette portion privilegiée de ses biens primitifs, les enfans étaient obligés, en acceptant sa succession, de rendre aux créanciers, et aux acquereurs, non seulement le fonds du Tiers-coutumier, mais encore les fruits qu'ils en avaient perçus par anticipation. C'est ce qui a été soutenu d'une part, et convenu de l'autre, lors d'un arrêt du 22

février 1703, rapporté dans le *Dictionnaire de droit Normand*, au mot *Séparation*, n° 2.

» Aussi, avez-vous cassé, sur notre réquisitoire, le 4 thermidor an 12, un arrêt de la cour d'appel de Caen, qui avait jugé que Guillaume Lemoine avait été saisi, par le jugement de séparation de biens que sa mère avait fait rendre en 1780, de la propriété de son Tiers-coutumier; et qui, en conséquence, l'avait admis à prendre ce Tiers dans la succession de son père mort après la publication de la loi du 17 nivôse an 2.

» Il est vrai que, dans l'espèce de cet arrêt, Guillaume Lemoine n'avait pas obtenu, avant la publication de la loi du 17 nivôse an 2, la liquidation de son Tiers coutumier; et que les poursuites qu'il avait commencées à cette fin en 1790, étaient restées en suspens jusqu'à la mort de son père.

» Mais qu'importait cette circonstance? *La liquidation*, avait très-bien dit la cour d'appel de Caen, *n'est pas constitutive du droit: elle ne fait qu'en déterminer la quotité et en fixer l'assiette; en quelque temps qu'elle s'opère, elle doit se référer au moment où le droit s'est ouvert*. Si donc le Tiers-coutumier de Guillaume Lemoine eût été ouvert par le jugement de séparation de biens en 1780, il n'eût pas pu, quoique non liquidé avant la loi du 17 nivôse an 2, être atteint par cette loi. En le jugeant aboli par cette loi, vous avez donc nécessairement jugé qu'avant cette loi, il n'avait pas été ouvert; vous avez donc nécessairement jugé qu'avant cette loi, Guillaume Lemoine n'avait pas été propriétaire des biens destinés par la coutume à former son Tiers.

» Et qu'auriez-vous jugé, si Guillaume Lemoine fût parvenu, avant la loi du 17 nivôse an 2, à faire liquider son Tiers-coutumier? La même chose. Vous auriez dit, d'après Basnage, d'après Pesnelle, d'après Faulst, d'après l'arrêt du parlement de Rouen, du 26 novembre 1647, que cette liquidation anticipée n'avait pas opéré une ouverture proprement dite du Tiers-coutumier; qu'elle n'avait procuré à Guillaume Lemoine, que l'avantage de soustraire aux créanciers de son père les fruits des biens dont il avait la propriété en expectative; qu'elle ne lui avait pas transféré la propriété de ces biens; que ces biens étaient demeurés dans le patrimoine de son père.

» Si donc un fils dont le père était, ou tombé en déconfiture, ou séparé de biens d'avec sa femme, ne devenait pas propriétaire de son Tiers-coutumier, par cela seul qu'il le faisait liquider lui-même, par cela seul que, se rendant partie dans l'instance d'ordre des biens de son père, il l'en faisait distraire à son profit, à combien plus forte raison en était-il de même, lorsque la liquidation et la distraction du Tiers coutumier s'opéraient entre le père et ses créanciers, dans l'absence du fils?

» Or, telle est précisément notre espèce. Ce n'est pas sur la demande des enfans du sieur de Brancas, que leur Tiers-coutumier a été liquidé par le jugement de 1787; c'est sur la demande du sieur de Brancas lui-même; c'est avec lui et avec lui seul que la liquidation en a été réglée, que la distraction en a été faite.

» Les enfans du sieur de Brancas auraient été parties dans le jugement de 1787, qu'ils ne seraient pas, pour cela, devenus propriétaires. Comment donc seraient-ils devenus propriétaires, alors qu'ils n'ont pas été parties dans ce jugement, alors que ce jugement est, leur égard, *res inter alios acta*?

» Inutile d'objecter que, par le jugement de 1787, il est dit que les biens compris dans l'état particulier qu'il désigne, *seront* et *demeureront aux enfans, pour le Tiers-coutumier à eux appartenant, suivant la coutume de Normandie*.

» Par cette disposition, le jugement de 1789 n'a ni transféré, ni pu transférer aux enfans une propriété qui ne devait leur être dévolue qu'après la mort de leur père et en renonçant à sa succession.

» Cette disposition se référant à la *coutume de Normandie*, doit nécessairement être interprétée dans le même sens que l'art. 339 de cette coutume. Or, il est très-constant, et vous avez jugé, par quatre arrêts des 26 messidor, 4 thermidor, 2 fructidor an 12 et 26 frimaire an 13, qu'en disant que *la propriété du Tiers est acquise aux enfans, du jour des épousailles*, l'art. 399 de la coutume de Normandie entend bien que la propriété du Tiers est destinée, affectée aux enfans à compter du jour du mariage dont il sont issus, mais non pas que cette propriété leur est réellement acquise dès ce moment. C'est donc aussi, c'est donc uniquement d'une destination, d'une affectation de propriété, que doit être entendue la disposition que nous venons de rappeler, du jugement de 1787; cette disposition ne signifie donc pas que les enfans du sieur de Brancas sont actuellement investis de la propriété de leur Tiers-coutumier; cette disposition ne change donc rien à l'ordre de transmission établi par la coutume.

« Et ce qui le prouve sans réplique, c'est la manière dont les commissaires du conseil s'expliquent, dans le même jugement, sur les biens dont ils ordonnent la distraction au profit des enfans, pour remplacer des actions de la com-

pagnie des Indes, grevées de substitution dans la personne du père et indûment aliénées par lui : *Ordonnons*, disent-ils, que ces biens APPARTIENDRONT *auxdits enfans, pour leur tenir lieu des actions de la compagnie des Indes, chargées à leur profit de ladite substitution.* Assurément, en s'exprimant ainsi, les commissaires du conseil n'entendaient pas déclarer ouverte par la déconfiture du père, une substitution qui ne pouvait s'ouvrir que par sa mort; assurément, en s'exprimant ainsi, ils n'entendaient pas dépouiller actuellement le père de la propriété grevée qui reposait sur sa tête, et la transférer immédiatement sur la tête de ses enfans. Qu'entendaient-ils donc? Rien autre chose, si ce n'est que les biens assignés par eux pour le remplacement des actions substituées, seraient, à leur tour, substitués comme les actions elles mêmes, que les enfans auraient sur ces biens la même expectative qu'ils auraient eue sur ces actions, si elles eussent encore existé.

» Or, ce qu'ils ont dit des biens distraits pour le remplacement des actions de la compagnie des Indes, ils l'ont dit également des biens distraits pour la composition du Tiers-coutumier. Les mots, *seront* et *demeureront*, ne peuvent donc pas, dans leur jugement, avoir pour ceux-ci un sens plus étendu que n'a ni ne peut y avoir, pour ceux-là, le mot *appartiendront*.

» Que devient, d'après cela, le reproche que fait le demandeur à la cour d'appel de Paris, d'avoir faussement appliqué l'art. 61 de la loi du 17 nivôse, et violé l'art. 34 du décret du 9 fructidor an 2?

» L'art. 61 de la loi du 17 nivôse abolit le Tiers-coutumier des enfans : c'est une vérité que vos arrêts ont solennellement proclamée, et à laquelle le demandeur lui-même est forcé de rendre hommage. Cet article rend donc au père la libre disposition des biens qui étaient précédemment destinés aux enfans à titre de Tiers-coutumier. La cour d'appel de Paris n'a donc pas fait une fausse application de cet article, en jugeant que le sieur de Brancas père avait pu vendre une portion des biens que le jugement de 1787 avait mis en réserve pour former le Tiers-coutumier de ses enfans.

» Quant à l'art. 34 du décret du 9 fructidor an 2, il répond à la question de savoir *si le Tiers-coutumier, que le statut de la ci-devant Normandie accordait aux enfans, est atteint par la loi, quand il a été réglé contradictoirement avec les parties intéressées*; et sa réponse est *qu'il ne peut, en ce cas, y avoir de doute pour le maintien de tels actes, qui présentent indubitablement un contrat entre-vifs, valable par sa date.*

» Mais, d'abord, si, par un réglement du Tiers-coutumier, fait *contradictoirement avec les parties*, cet article entendait un jugement qui eût liquidé le Tiers-coutumier contradictoirement avec le père, les enfans et les créanciers, on sent déjà que l'on ne pourrait pas regarder comme tel le jugement du 7 août 1787, puisque les enfans du sieur de Brancas n'étaient pas parties dans ce jugement, puisque ce jugement n'a pas été rendu avec eux, puisqu'il est de principe que, *res inter alios judicata aliis neque prodesse neque nocere potest.*

» Ensuite, comment peut-on supposer que l'article dont il s'agit, attribue à de pareils jugemens, lors même qu'ils ont été rendus avec les enfans, l'effet de transférer actuellement à ceux-ci la propriété du Tiers-coutumier? Nous venons de voir que la jurisprudence normande leur refusait constamment cet effet, et sans doute, on ne persuadera à personne que le décret du 9 fructidor an 2 ait voulu, à cet égard, traiter les enfans avec plus de faveur que ne l'avait fait jusqu'alors une jurisprudence qu'il juge lui-même leur avoir été trop favorable : on ne persuadera à personne qu'il ait voulu convertir en titres de propriété incommutable pour les enfans, des jugemens qui, jusqu'alors, n'avaient été pour eux que des titres de jouissance provisoire et purement alimentaire.

» Quels sont donc les réglemens faits *contradictoirement avec les parties intéressées*, que l'art. 34 de ce décret déclare n'avoir pas été atteints par la loi du 17 nivôse? Il nous l'apprend lui-même : ce sont les réglemens qui ont le caractère de *contrats entre-vifs*; ce sont, par conséquent, les réglemens que les parties entre lesquelles ils ont été faits, ont souscrits dans la vue et avec l'intention formelle de s'obliger réciproquement; ce sont, pas conséquent encore, les actes par lesquels des pères avaient abandonné à leurs enfans la propriété actuelle de leur Tiers, et les enfans eux-mêmes l'avaient acceptée, sous la charge de fournir des alimens à leurs pères : en d'autres termes, ce sont les *démissions de biens*, sorte d'arrangement qui, en Normandie, comme en Bretagne, *tenaient*, ainsi que le dit Boullenois (1), *de la nature des contrats* et en avaient toute l'irrévocabilité.

» Or, qu'y a-t-il, dans notre espèce, qui ressemble à un pareil arrangement? Le sieur

(1) *Question sur les démissions des biens*, page 249.

de Brancas a bien provoqué en 1787 la distraction du Tiers-coutumier qui, à cette époque, était destiné à ses enfans; mais il ne l'a provoquée que relativement à ses créanciers; ses enfans n'ont pris aucune part à cette opération; aucun abandon de propriété ne leur a été fait; et, ce qui est plus décisif encore, ils n'ont rien accepté. Ainsi, point de contrat entre eux et leur père; conséquemment nulle application à faire ici de l'art. 34 du décret du 9 fructidor an 2.

« Par ces considérations, nous estimons qu'il y a lieu de rejeter la requête du demandeur et de le condamner à l'amende ».

Par arrêt du 20 avril 1809, au rapport de M. Cochard,

« Attendu 1° que de la réponse à la trente-quatrième question résolue par la loi du 9 fructidor an 2, il résulte qu'il n'y a d'exception à la disposition générale de l'art. 61 de la loi du 19 nivôse précédent, qu'en faveur des Tiers-coutumiers qui se trouveraient avoir été réglés contradictoirement avec les parties intéressées, par contrat entre-vifs parfait et consommé avant le 14 juillet 1789;

» Attendu 2° que le Tiers-coutumier réclamé par le demandeur, n'a point été réglé contradictoirement avec les parties intéressées, ni par l'arrêt de la commission du 7 août 1787, puisque la dame de Brancas et ses enfans n'ont point été parties audit arrêt, ni par aucun contrat entre vifs au désir dudit art. 34;

» D'où il suit, 1° que la propriété de biens affectés audit Tiers-coutumier par ledit arrêt, n'a jamais cessé d'exister sur la tête du sieur de Brancas père, et qu'elle y reposait encore au moment où la loi du 17 nivôse an 2 a été promulguée;

» 2° Que l'arrêt attaqué, loin d'avoir contrevenu audit art. 34 de ladite loi du 9 fructidor, en a fait au contraire l'application la plus juste à l'espèce;

» Par ces motifs, la cour rejette le pourvoi.... ».]]

* TIERS-DENIER. Droit qui appartient au roi et aux seigneurs haut-justiciers dans les duchés de Lorraine et de Bar, et que l'on prétend avoir aussi lieu dans le Clermontois. Il consiste dans le Tiers du prix des ventes extraordinaires des bois et pâturages des communautés d'habitans.

I. Nous allons d'abord présenter l'analyse des lois sur lesquelles cette prérogative est fondée; nous discuterons ensuite quelques-unes des questions qu'elle fait naître.

Le 23 mai 1664, le duc de Lorraine, rendu à ses États par la paix des Pyrénées, publia une ordonnance concernant les bois des communautés laïques de ses duchés de Lorraine et de Bar. En voici le préambule :

« Quoique les bois, forêts, taillis et rapailles, dont jouissent les communautés des villes, bourgs et villages des pays de notre obéissance, leur aient été donnés par nous et nos prédécesseurs pour leur bien commun, à titre d'usage et d'usufruit seulement, néanmoins, comme la vicissitude, mère des changemens, a fait que, par la désertion et diminution des habitans, les fruits et usages desdits bois s'étant trouvés plus grands que le besoin qu'il en ont eu pour leur simple usage, lorsqu'ils en ont voulu faire profit par quelque coupe extraordinaire, ils ont été obligés de recourir à nous ou à nos prédécesseurs pour en obtenir la permission, laquelle ne leur a été octroyée qu'à condition qu'ils procéderaient ès dites coupes avec la participation de nos officiers de gruerie, et en leur payant le Tiers-denier à nous dû pour raison des coupes et ventes extraordinaires de bois taillis, et même de haute-futaie ».

Ce préambule annonce 1° que la loi qu'il prépare, dérive de la concession originaire des bois, faite par les ducs de Lorraine à leurs habitans;

2° Que, quoique les bois n'eussent été donnés aux communautés d'habitans qu'à titre de simple usage, néanmoins elles étaient admises à en faire profit par des ventes extraordinaires, tant de bois taillis que de futaies;

3° Que les seules conditions à remplir par les communautés pour jouir de ce profit, consistaient à demander au duc la permission de vendre, à ne consommer les ventes que par le ministère de ses officiers, et enfin à payer le Tiers du prix produit par ces ventes.

L'ordonnance contient, dans son dispositif, le réglement que voici :

« Faisons très-expresses inhibitions et défenses auxdits habitans et communautés, de prendre ni couper leurs bois taillis que pour leur simple usage, suivant l'ordre qui leur en aura été une fois donné par nos officiers de gruerie, en la juridiction desquels lesdits bois se trouveront situés; comme aussi de ne couper ni abattre des hautes futaies que pour les réparations de leurs édifices publics ou de leurs maisons particulières, s'ils en ont le droit, sans auparavant avoir fait connaître la quantité desdites hautes futaies nécessaires, par rapport de gens experts, et qu'elles ne leur aient été marquées et délivrées en présence de nosdits officiers de gruerie, ou de gens par eux députés à cet effet, *et en outre de*

faire aucune vente ni coupe extraordinaire desdits bois taillis et de hautes futaies, sans la participation de nosdits officiers de gruerie, et sans auparavant en avoir obtenu la permission. Voulons et ordonnons que du prix desdites ventes et des fruits de leurs autres usages, le Tiers-denier en soit payé par préférence à nos gruyers, qui seront tenus d'en rapporter le profit aux comptes qu'ils rendront du fait de leurs charges.

Cette ordonnance fait connaître très-clairement, que, dans la Lorraine et le Barrois, le droit d'usage des communautés consiste à couper pour leurs besoins, et à vendre le surplus.

Dans les coupes pour les besoins, celui de la commune est compté le premier. Le chauffage et les bois à bâtir pour les édifices des particuliers, ne viennent qu'au second rang.

Quant aux ventes, les droits des usagers et ceux du propriétaire sont bien déterminés. Les usagers peuvent solliciter et provoquer des ventes, en remplissant trois conditions : la première, de demander la permission dans le cas de vente extraordinaire; la seconde, de ne faire cette vente qu'avec la participation des officiers des grueries; la troisième, de laisser au prince propriétaire, le prélèvement du Tiers-denier sur le prix de la vente.

Les droits du prince propriétaire sont de trois espèces : droit honorifique, de donner la permission pour toutes les ventes extraordinaires; droit de police, qui consiste à empêcher que la vente soit faite autrement que par ses officiers; enfin, droit utile, dans le prélèvement du Tiers-denier à son profit.

L'avis des commissaires du roi (Louis XIV) en Lorraine, auquel un arrêt du conseil du 19 octobre 1686 a donné l'autorité de règlement, porte ce qui suit, art. 28 :

« Il y a un droit considérable dans les duchés de Lorraine et de Bar sur les communautés laïques, du Tiers-denier, en cas de vente, non seulement des bois, mais aussi de panage et de toute autre chose utile.

» La cause de ce droit est marquée dans la déclaration de 1664, qui porte que toutes ces choses viennent de la concession des ducs; mais comme des seigneurs haut-justiciers, et particulièrement ceux de l'ancienne chevalerie de Lorraine, prétendent avoir le même droit dans leurs hautes-justices, et que ceux qui en ont d'indivises avec le roi, prétendent aussi le partager comme un fruit utile de la terre; que d'ailleurs il y a quantité de bois ecclésiastiques et des particuliers qui sont sujets au même droit, sans qu'on ait pu savoir la raison de différence; nous croyons qu'il suffit à présent de recevoir ce droit dans toutes les communautés laïques qui sont dans les hautes-justices appartenantes entièrement au roi, et même dans celles qui ne sont possédées que par simple engagement ».

Cet avis a été donné d'après les anciennes ordonnances de Lorraine, citées dans le préambule, et qui sont des années 1605, 1616, 1623, 1628 et 1664. Il en résulte que le droit de Tiers-denier a reçu, par l'usage, diverses applications dans les forêts de la Lorraine et du Barrois. Mais la cause n'en est bien connue que pour le cas déclaré par l'ordonnance de 1664, c'est-à-dire, celui où les communautés jouissent, à titre d'usage, des bois dont le prince est demeuré propriétaire. En ce cas, la perception du Tiers-denier est le fruit utile de la propriété; et le roi a voulu que, pendant sa jouissance, cette perception fût continuée.

Un arrêt du conseil d'état, du 3 mars 1693, fournit encore les preuves les plus claires sur ce point : « Le roi s'étant fait représenter en » son conseil l'ordonnance sur le fait des bois » des communautés des duchés de Lorraine et » de Bar, du 23 mai 1664, par laquelle il est » fait très-expresses inhibitions et défenses » aux habitans et communautés de prendre ni » couper leurs bois taillis que pour leur simple usage..... comme aussi de couper ni » abattre de hautes-futaies que pour les réparations de leurs édifices publics ou de leurs » maisons particulières, S'ILS EN ONT LE » DROIT ».

Le doute exprimé par ces mots, *s'ils en ont le droit*, démontre avec évidence que Louis XIV et son conseil ont entendu que les anciennes ordonnances de Lorraine, et celle de 1664 qui les renouvelle, ne s'appliquaient qu'aux bois des communautés usagères; car il n'y eût pas eu de matière à douter sur le droit des communautés propriétaires de leurs bois, d'y prendre des arbres, soit pour leurs édifices publics, soit pour leurs maisons particulières.

L'arrêt du 3 mars 1693 rappelle ensuite l'obligation de s'adresser, de la part des communautés usagères, aux officiers des grueries ou au grand-maître, pour les bois à vendre, et en voici le motif : *afin que, par ce moyen, sa majesté soit payée du Tiers-denier qui lui appartient dans le prix des ventes.* C'est donc à ce Tiers-denier que le roi a borné le fruit de sa propriété sur les bois des communautés usagères, pendant sa rétention de la Lorraine et du Barrois, dans le dix-septième siècle.

Cet arrêt de 1693, dont l'exposé est si lumineux sur la nature des droits du roi dans les bois des usagers, n'a eu pour objet, dans ses dispositions, que de juger un point de compétence en faveur du grand-maître des eaux et forêts de Lorraine et Barrois, contre le commissaire départi dans ces duchés.

II. Jusqu'à présent les lois ne parlent que du duc de Lorraine, et l'on ne voit encore que des prétentions de la part des seigneurs haut-justiciers.

Enfin, le duc Léopold leur communique cette prérogative par l'art. 4 du tit. 3 de la déclaration du 31 janvier 1724, qui porte : « Le » Tiers-denier du prix des bois, fruits champêtres, et autres usages et profits appartenans aux communautés situées dans les » hautes-justices patrimoniales de nosdits » vassaux, sera distrait à leur profit, après » néanmoins que nous en aurons permis la » vente à l'égard des bois seulement, comme » il est dit en l'article ci-dessus ; laissant aux» dits vassaux la faculté de donner auxdites » communautés la permission de vendre les » fruits champêtres et autres usages au profit » desdits communautés, ainsi qu'ils le trou» veront à faire par raison ».

III. La plus importante des questions que cette matière présente, est celle de savoir si, dans les provinces de Lorraine et de Bar, les seigneurs ont le droit de Tiers-denier indistinctement sur tous les bois des communautés, ou seulement sur ceux qu'elles ne possèdent qu'à titre de simple usage.

Dans l'exposition que nous venons de faire des lois de la matière, nous avons fait entrevoir que les seigneurs ne peuvent user de cette prérogative que sur les bois usagers, et non sur ceux qui appartiennent proprietairement aux communautés. L'importance de cette question exige une discussion plus approfondie.

Pour établir cette vérité, que les seigneurs n'ont pas le droit de prendre le Tiers-denier sur les bois appartenans aux communautés, mais uniquement sur ceux dont elles ne jouissent qu'à simple titre d'usage, il ne faut que jeter les yeux sur les ordonnances. Celle de 1664 le dit expressément. Nous lisons dans le préambule, qu'elle ne statue que sur les bois *donnés par nous et nos prédécesseurs ducs à titre d'usage et d'usufruit seulement.* Ce mot *usufruit* est remarquable ; il dissipe toute espèce d'équivoque. La précaution que prennent les rédacteurs de la loi, de l'ajouter au mot *usage*, prouve combien ils craignaient que l'on ne confondît l'usage avec la propriété.

Le dispositif de l'ordonnance présente absolument le même sens : il porte : « Faisons » très-expresses inhibitions et défenses auxdites communautés, de prendre ni couper » leurs bois taillis que pour leur simple » usage.... ; voulons et ordonnons que, du » prix desdites ventes et des fruits *de leurs* » *autres usages*, le Tiers-denier en soit payé » par préférence à nos gruyers ».

Si une loi aussi claire avait besoin d'interprétation, on la trouverait dans l'arrêt du conseil d'état, du 3 mars 1693, dont voici les termes : « Le roi s'étant fait représenter en » son conseil l'ordonnance sur le fait des bois » des communautés des duchés de Lorraine et » de Bar, du 23 mai 1664, par laquelle il est » fait très-expresses inhibitions et défenses » aux habitans et communautés de prendre » ni couper leurs bois taillis que pour leur » simple usage.... ; comme aussi de couper ni » abattre des hautes-futaies que pour les ré» parations de leurs édifices publics, ou de » leurs maisons particulières, s'ils en ont le » droit.

Cet arrêt est, s'il est possible, encore plus clair que l'ordonnance. Ces derniers mots, *s'ils en ont le droit*, excluent nécessairement toute idée de propriété. En effet, on n'a jamais douté que le propriétaire d'un bois n'ait le droit d'en couper la futaie. L'arrêt et l'ordonnance ne peuvent donc s'appliquer qu'aux bois dont les communautés ne jouissent qu'à titre d'usage seulement.

L'ordonnance de 1707 est absolument rédigée dans le même esprit.

Enfin, celle de 1724 renferme exactement les mêmes dispositions. Comme les deux précédentes, elle ne parle que des bois usagers ; ce mot *usage* y est même répété jusqu'à deux fois : elle porte ; « Le Tiers-denier du prix des » bois et *autres usages* sera distrait au pro» fit de nos vassaux ».

Enfin, si l'on désire un nouveau témoignage de cette vérité, on le trouvera dans un avis de M. Thibault, procureur-général de la chambre des comptes de Bar. Consulté, en 1771, par l'administration, sur les droits du roi dans les bois communaux du duché de Bar, il donna son avis le 6 juillet de la même année. Après avoir rapporté l'ordonnance de 1664, et le règlement de 1724, il en tire la conséquence suivante : « C'est des commu» nautés usagères dont le législateur entend » parler, de celles dont les bois proviennent » du domaine. Il prévoit le cas de la vente ; » il ne retient alors que le Tiers-denier ; il

» reconnait donc que les deux autres Tiers » appartiennent à ces communautés ».

Ce texte n'a pas besoin de commentaire : on y voit clairement que les lois lorraines sur le Tiers-denier n'assujétissent que les bois usagers, et non ceux que les communautés possèdent à titre de propriété. Ajoutons qu'il n'est pas possible d'invoquer un suffrage plus respectable : c'est celui d'un magistrat qui depuis long-temps consacrait ses veilles à l'étude des lois de sa patrie, après avoir déployé les plus rares talens dans les fonctions du barreau.

Il est donc bien vrai que, dans la Lorraine, et conformément aux lois de cette province, le Tiers-denier n'a lieu que sur les bois usagers; que les communautés sont affranchies de cette servitude, pour les bois qu'elles possèdent à titre de propriété.

Est-il même possible que la chose soit autrement? Quelle injustice n'y aurait-il pas qu'un seigneur, après avoir aliéné ses bois à titre onéreux, eût néanmoins la faculté de prendre le Tiers du produit de ces mêmes bois? Ce serait avoir tout à-la-fois le prix et l'objet vendu.

Il n'y a donc pas le plus léger prétexte d'accorder ce droit de Tiers-denier au seigneur, lorsque les bois appartiennent aux habitans à titre de propriété; le leur donner, serait violer toutes les règles de la justice.

[[*V.* ci-après, n° 6.]]

IV. On élève encore une autre question, celle de savoir si les seigneurs, en renonçant au Tiers denier, peuvent exiger le cantonnement qui leur serait beaucoup plus avantageux.

La négative est sans difficulté.

Les ducs de Lorraine, en abandonnant à leurs sujets le droit d'usage le plus complet dans les forêts situées sous leur domination, s'y étaient réservé un droit utile qui devait être à jamais représentatif de leur propriété, et en former tout le produit. Ce droit consistait dans le Tiers-denier à prélever à leur profit sur le prix de toutes les ventes extraordinaires qui seraient faites dans les forêts usagères; le surplus, consistant, tant dans la jouissance des bois en nature pour le besoin des particuliers, que dans les deux autres Tiers du prix des ventes extraordinaires applicables au besoin général des communes, était compris dans le droit concédé par ces princes à leurs sujets et usagers. Cet état général des usages concédés par le duc de Lorraine, a été par lui rappelé dans l'ordonnance du 23 mai 1664, comme la condition de la concession originaire.

Pour sentir la vérité de cette assertion, il ne faut que se rappeler les motifs qui ont fait introduire les cantonnemens. On a voulu, par eux, empêcher que le droit de propriété ne demeurât stérile et ne pût être toujours effacé par le droit moindre de l'usager. Le principe de cette matière est donc qu'on peut restreindre un usage, lorsque son étendue est telle qu'elle rend inutile le droit de propriété, *ne propriet domino reddatur inutillis*. C'est le motif donné aux cantonnemens, par Jean Faber, Valla, Mornac et autres. Mais, par une raison contraire, dès que l'auteur de la concession a veillé, dès le premier instant, à ce que la propriété qu'il se réservait, ne lui demeurât pas inutile; dès qu'il a fixé lui-même le genre d'utilité qu'il entendait en retirer, il est évident qu'il n'y en a pas d'autre à lui procurer: il a borné lui-même les effets de son droit de propriété. Il n'y a point d'extension nouvelle à lui donner. Ce serait aller contre la convention originaire, et la détruire sans motif.

[[*V.* ci-après, nos 6 et 7.]]

V. Occupons-nous enfin de la question de savoir si la jurisprudence du Tiers-denier doit être admise dans le Clermontois. Cette question est très-importante et mérite d'être approfondie. On a beaucoup raisonné, beaucoup écrit sur ce point. Les raisons pour la négative paraissent très-solides et devoir faire pencher la balance. Ces raisons, les voici.

« Tout le monde sait que la maison de Lorraine avait deux espèces de propriétés. Elle régnait dans l'une, dans les autres elle était dépendante. Elle ne tenait la première que de Dieu et de son épée; elle rendait hommage, elle reconnaissait différens seigneurs, pour les autres; en un mot, les princes de cette maison n'étaient souverains, n'avaient la puissance législative que sur la Lorraine proprement dite. A l'égard du surplus de leurs propriétés, ils étaient tout à-la-fois sujets et vassaux.

» Cette vérité historique est incontestable; le Barrois mouvant en est un exemple célèbre. Les ducs de Lorraine le tenaient sous l'hommage de la couronne de France; nos rois en étaient les véritables souverains, et leurs ordonnances y avaient seules force de loi (1).

» La question se réduit donc au point de savoir si le Clermontois faisait partie de la Lorraine proprement dite, ou s'il doit être rangé dans la classe des objets dont les ducs de Lorraine n'étaient que propriétaires, et non souverains.

(1) [[Cette assertion est-elle bien exacte? *V.* l'article *Bar.*]]

» Pour décider une question de cette espèce, il ne faut qu'ouvrir les dictionnaires géographiques. Nous y recourrons en effet; mais l'intérêt de la question semble exiger que nous portions nos recherches plus loin.

» Voyons d'abord quelles étaient les bornes de la Lorraine proprement dite : nous entendons par là le pays sur lequel la maison de Lorraine avait la pleine souveraineté.

» Ces bornes sont déterminées avec la plus grande exactitude dans le dictionnaire géographique de Baudran, aux mots *Lorraine* et *Bar;* on y voit quelle était l'étendue des deux duchés. *La Lorraine* (dit cet auteur) *consiste en deux parties ou deux duchés, celui de Lorraine proprement dit, et celui de Bar : le duché de Lorraine était beaucoup plus considérable que celui de Bar; il était borné au nord par le duché de Luxembourg et l'archevêché de Trèves, au levant par le Palatinat du Rhin et par l'Alsace, au midi par la Franche-Comté, et au couchant par la Champagne. Le duché de Bar est une petite province de France, bornée au levant par la Lorraine, au nord par le Luxembourg, au couchant par la Champagne, au midi par le même pays et par la Franche-Comté. On le divise en quatre parties, qui sont les bailliages de Bassigny, de Bar, de Saint-Mihiel et de Clermont; ses villes principales sont Bar-le-Duc, Clermont, Longwy, Pont-à-Mousson et Stenay.*

» Les limites du Barrois mouvant sont fixées avec plus de précision encore dans l'*Art de vérifier les dates*, ouvrage universellement estimé. On y lit (page 668, dernière édition) : *Le duché, autrefois comté de Bar, situé entre la Lorraine et la Champagne, ayant le Luxembourg au midi et la Franche-Comté au nord, comprend environ trente lieues de longueur sur seize de largeur; la Meuse le coupe en deux parties, dont celle qui est sur la rive gauche est dans la mouvance de France, et s'appelle le Barrois royal; dans l'autre partie est le marquisat de Pont-à-Mousson, qui fut érigé en 1354, par l'empereur Charles IV. Ce pays faisait partie de la Lorraine; il n'en fut distrait que vers le milieu du dixième siècle.*

» D'après ces descriptions, exactement conformes à la notoriété, on voit que la souveraineté des ducs de Lorraine ne s'étendait point au-delà de la Meuse; tout ce qui était en-deçà, n'appartenait à cette maison qu'à titre de simple propriété. *L'Art de vérifier les dates* le dit bien formellement, et le Clermontois est incontestablement en-deçà de la Meuse; aussi Baudran ne fait-il aucune difficulté d'incorporer le comté de Clermont au duché de Bar. Il a effectivement appartenu aux ducs de Bar, et cela pendant très-long-temps. Ce n'est que par la réunion des deux duchés, que les ducs de Lorraine en sont devenus propriétaires. Voici comment les choses se sont passées à cet égard, autant qu'il est possible de suivre les révolutions d'une seigneurie aussi peu considérable.

» Le Clermontois n'était, dans l'origine, qu'un simple comté : on ne voit pas qu'il ait joui d'aucune prérogative particulière. Des actes du treizième siècle nous apprennent qu'il appartenait alors à Simon de Clermont.

» La seigneurie de Clermont, semblable à cette multitude de comtés qui couvrent encore aujourd'hui la France, ne formait certainement pas une seigneurie indépendante. Les seigneurs de Clermont n'avaient pas la souveraineté de leurs terres; jamais personne ne s'est avisé de les mettre dans la liste des souverains. Les actes dont nous venons de parler, nous apprennent au contraire qu'ils n'étaient autre chose que de simples vassaux du comte de Champagne. Ces actes sont trois hommages des années 1219, 1245 et 1252, par lesquels Simon de Clermont se reconnaît homme lige du comte de Champagne, à raison de son comté de Clermont et de ses dépendances.

» Cette mouvance est encore établie par d'autres actes également du treizième siècle et du commencement du quatorzième. *Elle se vérifie par plusieurs arrêts de la cour, très-anciens, donnés en faveur de l'abbé de Beaulieu en Argonne, contre M. le duc de Bar, des années* 1287, 1289 *et* 1292, *par lesquels a été jugé que l'abbaye de Beaulieu en Argonne est en la garde spéciale du comte de Champagne, et en la garde générale du roi, et que ladite église est du royaume, au dedans des limites du comté de Champagne.* Ce passage est tiré de Dupuy, dans son *Traité des droits du roi*, au chapitre où il traite des droits du roi sur le comté de Verdun. C'est également sur la foi de ce publiciste, que nous avons cité les trois hommages de Simon de Clermont.

» Vers le milieu du treizième siècle, le comté de Clermont cessa d'appartenir à la maison de Clermont, et passa aux ducs de Bar. Nous ignorons de quelle manière ce changement s'est opéré; il y a plusieurs motifs de croire qu'il s'est fait par le mariage d'un duc de Bar avec l'héritière de Clermont; mais c'est ce qui est indifférent ici : il suffit de savoir qu'en 1373, le comté de Clermont appartenait aux ducs de Bar, et que ces ducs en rendaient hommage au roi. Cette mouvance lui appartenait effective-

ment, puisqu'alors la Champagne était réunie à la couronne. L'existence de cet hommage nous est encore attestée par l'auteur que nous venons de citer; on y lit: *En l'an 1373, le roi qui était lors, fit saisir ledit Clermont; et la main-levée n'en fut baillée que jusqu'à ce que Yolande de Cassel, mère et tutrice de Robert son fils, comte de Bar, en eût fait la foi-hommage au roi Charles V.*

» Chopin rend témoignage du même fait. *En l'an* 1373 (dit cet auteur), *les villes, châteaux, etc., de Clermont en Argonne, Vienne et Queminières, furent mis en la main du roi, et en prit possession Raoult, sire de Bourselaut, au nom du roi.* (Sur la coutume d'Anjou, part. 2, chap. 4 des remarques).

» Le comté de Clermont demeura entre les mains des ducs de Bar jusqu'en 1419, époque de la réunion de ce duché à celui de Lorraine. On ne peut pas douter un seul instant que les ducs de Bar n'aient rendu au roi l'hommage du comté de Clermont, toutes les fois qu'ils ont rempli ce devoir pour leur duché de Bar. Après l'avoir fait en 1373, par quel motif auraient-ils cessé de tenir cette seigneurie sous la mouvance de la couronne? C'est d'ailleurs une vérité historique, que tout ce que les ducs de Bar possédaient en-deçà de la Meuse, ils le tenaient sous l'hommage et la souveraineté de la couronne.

» Revenons à la réunion de ces deux duchés. Cette réunion ne changea rien à la nature des possessions des ducs de Bar; ceux de Lorraine tinrent ces possessions aux mêmes conditions ou sous les mêmes charges que leurs auteurs; comme eux, ils continuèrent de rendre hommage et de reconnaître la souveraineté du roi pour le duché de Bar. A qui pourrait-on persuader que le comté de Clermont, qui, depuis deux siècles, n'était plus qu'un membre dépendant de ce duché, ait eu néanmoins plus de prérogatives que le chef-lieu? Une pareille prétention choquerait le bon sens, et ne résisterait pas moins aux monumens historiques.

» Il existe, en effet, de la part de nos rois, un grand nombre d'actes de souveraineté sur le comté de Clermont. On en trouve plusieurs dans un inventaire de titres déposé à la bibliothèque des avocats: voici quelques-unes des mentions de cet inventaire.

» Le gouvernement des châtellenies de Clermont, Vienne et Queminières, donné, de la part du roi Charles V, à Eudes de Favoisy, bailli de Vitry, l'an 1377, le 14 octobre.

» Acte touchant la restitution faite par le prévôt de Clermont, d'un cheval qu'il avait pris à un huissier de la cour de parlement, venant signifier certain arrêt de ladite cour audit Clermont, 1539, 10 juillet;

» Lettres de surséance du roi Henri II, jusqu'à la majorité du duc de Lorraine, pour le bailliage de Clermont;

» Lettres-patentes du roi pour l'évocation en son conseil privé, des causes indécises d'entre les officiers de sa majesté, et aucuns villages de France, contre les habitans des villages de Moutier-sur-Saulx, Revigny, Brabant et Nubicourt, du bailliage de Clermont, 1601.

» A la vérité, les ducs de Lorraine, dont la politique consistait principalement à se soustraire à la dépendance de nos rois, ont plusieurs fois rendu hommage de ce comté de Clermont aux évêques de Verdun, dans la vue de placer le Clermontois dans cette grande confédération féodale dont l'empereur d'Allemagne est le chef; mais nos rois n'ont cessé de réclamer contre cette espèce de félonie. Cette réclamation fut un des objets du traité de Romilly, de l'an 1539. Voici de quelle manière le roi François Ier. parle de ce traité: *Nous aurait aussi, notre dit procureur-général, remontré que sur certaine appellation interjetée et relevée en notre cour de parlement, par feu Claude de Lœ-Vallée, habitant de Clermont en Argonne, notredit cousin le duc de Lorraine nous aurait désavoué à seigneur et souverain, pour raison de ladite terre et seigneurie de Clermont, prétendant ladite ville et seigneurie n'être de notre royaume; que, pour raison d'icelle, il n'était responsable en notre cour de parlement.*

» On ne peut pas concevoir une réclamation plus absolue; mais François Ier voulait la paix; en conséquence, il consent à suspendre l'exercice de ses droits, *sans néanmoins aucunement préjudicier aux droits de notre couronne et souveraineté, et aux fins et limites de notre royaume, et sans pour ce les immuer, restreindre et intervertir*: ce sont les termes du traité. On le trouve dans Dupuy; on y lit de suite: *Mais MM. les gens du roi n'ont pas laissé de soutenir le droit du roi pour la mouvance dudit Clermont, comme il se voit par une lettre de l'an 1547, de MM. G. Le Maistre, N. Brulart et D. Marillac, avocats et procureurs-généraux du roi au parlement de Paris, qui remarquent qu'il y a eu arrêt par lequel a été ordonné, quant audit Clermont, que M. de Lorraine viendra avouer et désavouer le roi; ce qu'il n'a encore fait. Et depuis, par des lettres-patentes de l'an 1564, du temps du roi Charles IX, par lesquelles est mandé au bailli de Vermandois, ou son lieutenant à Châlons, d'instruire un certain procès criminel contre le prévôt des*

maréchaux de Lorraine et autres complices, il se voit cette clause, et aussi d'ajourner les accusés à personne ou domicile ; pour ce que la plus grande partie des témoins sont demeurans au ressort et bailliage de Clermont en Argonne, qui est dépendant du duché de Bar en notre souveraineté, etc.

» En 1744, il s'est agi, au parlement de Paris, de la validité de l'union du prieuré de Saint-Dagobert de Stenay à la primatiale de Nanci, union consommée en 1601, quarante ans avant la réversion du Clermontois au domaine de la couronne. L'appelant comme d'abus se fondait principalement sur le défaut de concours et de consentement du roi ; ce qui subordonnait l'affaire au point de savoir à qui du roi ou des ducs de Lorraine appartenait la souveraineté du comté de Clermont. M. le procureur-général intervint. Ce magistrat soutint, avec la plus grande force, la souveraineté de nos rois sur le comté de Clermont, et la cour déclara l'union abusive. Cet arrêt est du 24 mai 1759. Il juge la question *in terminis*, puisqu'il décide qu'en 1602, les ducs de Lorraine ne pouvaient, de leur autorité seule, ni sans le consentement du roi, faire des unions de bénéfices situés dans le comté de Clermont.

» Pour se convaincre de la souveraineté primitive de nos rois sur le comté de Clermont, il ne faut au surplus que jeter les yeux sur le traité qui a réuni cette province au domaine de la couronne. Le roi déclare qu'il en prend possession pour cause de félonie, et par la voie de la réunion : ce qui suppose nécessairement un vassal dans la personne du duc de Lorraine, et un fief servant dans le comté de Clermont.

» Cette réunion s'est opérée par le traité de Paris, de l'an 1641 : en 1648, le roi fit donation de cette petite province à la maison de Condé ; et depuis cette époque, le Clermontois a été absolument étranger à la maison de Lorraine ; elle n'y a conservé ni propriété, ni prérogative, ni droit d'aucune espèce.

» Dira-t-on encore que les ducs de Lorraine étaient souverains du Clermontois : mais à quelle époque placera-t-on l'origine de cette souveraineté ? Les ducs de Lorraine n'avaient que les droits des ducs de Bar, et ceux-ci ne tenaient le Clermontois qu'au même titre que la maison de Clermont, qui a possédé ce comté jusque vers le milieu du quatorzième siècle. Certainement la maison de Clermont n'était pas souveraine ; dans ses mains, le comté de Clermont n'était qu'un fief mouvant du comté de Champagne. Cela est prouvé. Il est également incontestable que la maison de Bar tenait, sous l'hommage et la souveraineté du roi, tout ce qu'elle possédait en-deçà de la Meuse.

» Ce n'est qu'en 1519, que le duché de Bar et le Clermontois ont passé à la maison de Lorraine. Ce serait donc uniquement depuis cette époque, que nos rois auraient perdu leur souveraineté. Mais, 1° on ne rapporte aucun traité par lequel ils en aient fait la cession ; 2° les droits de cette espèce sont imprescriptibles ; et d'ailleurs nos rois n'ont cessé de faire des actes de souverains sur le Clermontois.

» Enfin, n'y eût-il que ce fait, que les ducs de Lorraine reconnaissaient la souveraineté des évêques de Verdun, il n'en faudrait pas davantage. De quoi s'agit-il en effet ? Uniquement du point de savoir si les ducs de Lorraine étaient souverains du Clermontois. S'ils ne l'étaient pas, peu importe à qui du roi ou des évêques de Verdun cette souveraineté ait appartenu.

» Si les évêques de Verdun avaient la souveraineté du Clermontois, les ducs de Lorraine n'avaient pas la puissance législative sur ce comté. Leurs lois n'y avaient donc aucune espèce d'autorité ; il faut donc écarter, non-seulement les trois ordonnances des années 1664, 1707 et 1724, mais toutes les lois des ducs de Lorraine, celles même qu'ils ont faites lorsqu'ils étaient propriétaires du comté de Clermont.

» Enfin, on peut aller plus loin, et dire que, quand même les ordonnances des ducs de Lorraine auraient eu force de la loi dans le Clermontois, ces lois seraient abrogées par l'ordonnance de 1669.

» Dans cette ordonnance, le législateur déclare d'abord *que, pour consommer un ouvrage si utile et si nécessaire, il s'est fait rapporter toutes les ordonnances, tant anciennes que nouvelles, qui concernent la matière..... afin de pouvoir sur le tout faire un corps de lois claires, précises et certaines.* Ce sont les termes du préambule.

» Ainsi, les ordonnances des ducs de Lorraine pour le Clermontois, s'il en existait, de même que celles des ducs de Bourgogne, etc., ont été mises sous les yeux du législateur, rapprochées, combinées avec les lois du royaume ; et l'ordonnance de 1669 n'est autre chose que le résultat de cette ancienne législation.

» Cette même ordonnance renferme un titre qui a pour objet *les bois, près*, etc. *des communautés* et habitans des paroisses. Ce titre contient tout ce qui peut intéresser l'aménagement de ces bois et les droits respectifs des seigneurs et des habitans ; tout y est prévu et réglé, le temps des coupes, la manière de les

exploiter, l'établissement des quarts en réserve, la distribution du surplus, les délits et leurs peines. A l'égard des seigneurs, l'ordonnance détermine, avec la plus grande précision, quels seront désormais leurs droits dans les bois communaux; elle leur en accorde le tiers dans certaines circonstances; dans d'autres, elle les rabaisse au niveau des autres habitans; enfin, il y a des cas où elle exclud absolument les seigneurs de toute espèce de jouissance dans ces mêmes bois; et ses dispositions à cet égard sont conçues dans les termes les plus prohibitifs: *Ne pourront les seigneurs rien prétendre*, etc.

» Mais le législateur va beaucoup plus loin; il revient à ces anciennes lois dont il a parlé dans le préambule; il les abroge toutes. Il déclare que la nouvelle ordonnance sera désormais la seule loi de cette importante matière. « nonobstant tous édits, déclarations, or» donnances, réglemens, arrêt et autres choses » à ce contraires, auxquelles, et aux déroga» tions y contenues, nous avons dérogé et dé» rogeons par ces présentes ».

» On ne peut rien concevoir de plus positif, de plus général que cette dérogation. Toutes les lois antérieures sur l'administration des bois, sont anéanties. Désormais il n'y aura plus, dans toute l'étendue du royaume, qu'une seule loi. Tel est évidemment le vœu du législateur ».

Voilà les motifs qui militent contre le Tiers-denier dans le Clermontois. On répond :

« L'ordonnance de 1669, qui a aboli toutes les lois antérieures à sa publication, n'est relative qu'à la police des bois. Elle ne change ni les titres particuliers des seigneurs, ni leur possession; elle ne touche à rien de ce qui a rapport à la propriété. Au contraire, elle ordonne que les cens, redevances, corvées et autres charges, moyennant lesquelles les concessions auront été faites, continueront à s'acquitter; le Tiers-denier en est une, et par conséquent il faudrait toujours le payer, quand bien même cette loi française devrait juger le procès lorrain. Il y a mieux: si elle a été admise dans le Clermontois pour l'administration des forêts, c'est que les princes de la maison de Condé l'ont bien voulu; car la donation de 1648 porte qu'ils les administreront comme bon leur semblera; et il a été si peu dérogé à cette clause de la donation par l'ordonnance de 1669, que M. le prince de Condé vient de faire récemment un réglement qui y ajoute une infinité d'articles, et qui en retranche beaucoup d'autres. C'est son grand-maître, ce sont ses officiers qui veillent à la conservation des bois du Clermontois, sans que les officiers du roi puissent y aller en réformation. C'est lui qui accorde ou refuse aux communautés la permission de faire des coupes ordinaires ou des ventes extraordinaires, tant des quarts en réserve, que des futaies et taillis, quoique les art. 4 et 5 du tit. 24 de cette même ordonnance obligent de recourir au roi pour obtenir de semblables permissions, qui ne s'accordent que *pour cause d'incendies, ruines, démolitions, pertes et accidens extraordinaires*. C'est encore le prince qui fixe l'emploi des sommes provenues des ventes extraordinaires, et c'est son receveur qui en reste dépositaire. Mais ce qui tranche toute difficulté à cet égard, c'est que, quand les commissaires du roi furent envoyés, en 1685, dans la Lorraine et dans le duché de Bar, pour examiner et constater les droits qui en dépendent, l'ordonnance de 1669 subsistait déja depuis plus de seize ans: elle était exécutée dans le royaume; elle avait aboli toutes les lois antérieures et contraires à ses dispositions; elle avait introduit le triage; elle ne parlait pas du Tiers-denier. Cependant les commissaires du roi ont déclaré qu'il existait dans la Lorraine, comme dans le Barrois mouvant ou non mouvant, un droit de Tiers-denier dont le duc et les seigneurs étaient concurremment en possession. Ils ont dit qu'ils étaient d'avis que l'on continuât à le faire percevoir au nom des ducs, et à en laisser jouir les seigneurs à l'avenir comme par le passé: n'en doutons pas, ils ont pensé que l'ordonnance de 1669, rendue pour le royaume, ne changeait rien au sort du Tiers-denier établi dans la Lorraine et dans tout le Barrois insdistinctement. Le roi l'a pensé comme eux, en donnant à leur avis la force de réglement par l'arrêt de 1686 ».

Voilà les motifs pour et contre le Tiers-denier dans le Clermontois.

Quant à la jurisprudence, trois arrêts récens, rendus après des discussions très approfondies, jugent que, dans le Clermontois, comme dans la Lorraine, les seigneurs ont le droit de Tiers-denier dans tous les bois dont les communautés d'habitans ont l'usage.

Le premier de ces arrêts, en faveur de la duchesse d'Elbeuf, contre les habitans de Vienne-le-Château, est du 4 mars 1775.

Le deuxième, en faveur du prince de Condé, contre les habitans de Stenay, est du 27 août 1776.

Le troisième, en faveur du sieur de Billante, contre les habitans de Vuasly, est du mois de juillet 1778.

Sur cette matière, qu'aucun auteur n'a traitée, nous ne pouvons que renvoyer à différens mémoires de M. Mauclerc, avocat au parle-

ment de Paris. Ce jurisconsulte a le premier éclairé cette partie de notre jurisprudence; et il l'a fait avec la sagacité, la logique et l'érudition qui caractérisent tous ses écrits. (M. H...)*

[[VI. Le droit de Tiers-denier fut vivement attaqué dans l'assemblée constituante, à la suite du décret qui supprimait le droit de *Triage* (*V.* ce mot). Mais les attaques qui lui furent alors portées, n'aboutirent qu'à la répression de l'abus qui en avait été fait.

Dans le rapport que je fis à ce sujet le 5 mars 1790, au nom du comité des droits féodaux, je présentai trois questions à examiner :

La première, si le droit de Tiers-denier devait être conservé à l'État et aux ci-devant seigneurs, relativement aux bois dont la propriété n'était pas sortie de leurs mains, et sur lesquels les communautés d'habitans n'avaient que des droits d'usage;

La seconde, s'il en devait être de même à l'égard des bois dont les communautés étaient propriétaires;

La troisième, si en supposant la conservation du droit de Tiers-denier, quant aux bois dont les communautés d'habitans n'étaient qu'usagères, on ne devait pas, à l'exemple de ce qui avait été décrété relativement au droit de triage, pour le pays Messin, la Flandre et l'Artois, retracter les arrêts du conseil et les lettres-patentes, qui, depuis trente ans, avaient distrait des usages des communautés, certaines portions de ces bois, pour en attribuer la possession exclusive aux seigneurs, moyennant leur renonciation au droit de Tiers-denier.

La première question ne pouvait souffrir aucune difficulté. « Les principes (ai-je dit) qui, » dans le droit commun, ont fait admettre le » *cantonnement*, sont les mêmes qui, dans les » provinces de Lorraine et du Barrois, ont fait » assujétir au droit de Tiers-denier les usages » des communautés d'habitans. Ce droit n'est, » de la part des communautés usagères qui les » paient, qu'un abonnement du bénéfice que les » seigneurs propriétaires doivent tirer de la » propriété qu'ils ont conservée; et c'est ce » même bénéfice que ceux-ci exercent dans les » autres provinces par l'action en cantonne- » ment. Il ne peut donc pas y avoir de doute sur » la légitimité du droit de Tiers-denier, dans » ce premier cas ».

La seconde question était le véritable siège de la difficulté. Je la traitai d'après ce que M. Henrion de Pansey avait dit ci-dessus, n° 3; et je rappelai ses propres paroles.

La troisième question trouvait également sa solution dans les principes posés par le même jurisconsulte, au n° 4.

En conséquence, l'assemblée constituante, adoptant la proposition du comité, décréta l'article suivant, qui est devenu le 32e du tit. 2 de la loi du 15-28 mars 1790 :

« Le droit de Tiers-denier est aboli dans les provinces de Lorraine, du Barrois, du Clermontois et autres où il pourrait avoir lieu, à l'égard des bois et autres biens qui sont possédés en propriété par les communautés; mais il continuera d'être perçu sur les prix des ventes des bois, et autres biens dont les communautés ne sont qu'usagères.

» Les arrêts du conseil et lettres-patentes, qui, depuis trente ans, ont distrait, au profit de certains seigneurs desdites provinces, des portions des bois et autres biens dont les communautés jouissent à titre de propriété ou d'usage, sont révoqués; et les communautés pourront, dans le temps et par les voies indiquées par l'article précédent (c'est-à-dire, en se pourvoyant dans les cinq ans devant les tribunaux), rentrer dans la jouissance desdites portions, sans aucune répétition des fruits perçus; sauf aux seigneurs à percevoir le droit de Tiers-denier dans les cas ci-dessus exprimés ».

Par cette dernière disposition, l'assemblée constituante a consacré bien clairement l'opinion de M. Henrion de Pansey, que, dans les pays et les cas où le droit de Tiers-denier a lieu, il n'est pas au pouvoir du propriétaire à qui il appartient, d'y renoncer pour y substituer le cantonnement. C'est dans le même esprit que, par l'art. 8 de la loi du 19-27 septembre 1790, elle a dit : « il n'est nullement préjudicié par l'a- » bolition du triage aux actions en cantonne- » ment de la part des propriétaires contre les » usagers de bois, prés, marais et terrains vains » et vagues, lesquelles continueront d'être » exercées comme ci devant dans les cas de » droit, *sauf à se conformer, pour les ci-de-* » *vant provinces de Lorraine, des trois évê-* » *chés et du Clermontois*, à l'art. 32 du tit. 2 » du décret du 15 mars dernier ».

VII. Tel était l'état de la législation sur le droit de Tiers denier, lorsque l'assemblée législative a cru devoir s'en occuper de nouveau dans la loi du 28 août 1792.

Après avoir, par son premier article, révoqué tous les triages qui ont été exercés depuis l'ordonnance des eaux et forêts, du mois d'août 1669, et permis aux communes de les réclamer devant les tribunaux, dans l'espace de cinq ans, cette loi ajoute, art. 2 :

« Les édits, déclarations, arrêts du conseil, » lettres-patentes, et tous les jugemens rendus » et actes faits en conséquence, qui, depuis la

» même année 1669, ont distrait, sous prétexte du droit de Tiers-denier, au profit de » certains seigneurs des ci-devant provinces » de Lorraine, du Barrois, du Clermontois, et » autres où ce droit pourrait avoir eu lieu, » des portions de bois et autres biens dont les » communautés jouissent à titre de propriété » ou d'usage, sont également révoqués; et les » communautés pourront, dans le temps et par » les voies indiquées par l'article précédent, » rentrer dans la jouissance desdites portions, » sans aucune répétition des fruits perçus; » sauf aux ci-devant seigneurs à percevoir le » droit de Tiers-denier sur le prix des ventes » de bois et autres biens dont les communau- » tés ne sont qu'usagères, dans le cas où ce » droit se trouvera réservé dans le titre primi- » tif de concession de l'usage, qui devra être » représenté ».

Cet article introduit, comme l'on voit, une grande innovation : il ne maintient le droit le Tiers-denier qu'en faveur des ci-devant seigneurs qui prouveront par titres primitifs, qu'en accordant l'usage de leurs bois ou autres biens à des communes, ils se sont expressément réservé ce droit ; et il en prive tous les ci-devant seigneurs qui ne pourront pas rapporter cette preuve.

Mais ceux-ci perdent-ils pour cela la qualité de propriétaire qu'ils se sont nécessairement réservée en ne concédant que l'usage? Non, et c'est ce qu'a jugé un arrêt de la cour de cassation du 27 nivôse an 12, qu'on trouvera dans le plaidoyer du 3 mars 1806, rapporté aux mots *Sieur, Sieurie*.

A quoi leur servira donc la qualité de propriétaires, si elle ne leur donne plus le droit de Tiers-denier? Cette qualité ne peut pas être infructueuse pour eux ; une propriété, dont on ne peut retirer aucun avantage, n'est qu'un vain titre; et la loi du 28 août 1792 ne peut pas avoir eu l'intention de réduire à un vain titre le propriétaire qui a bien voulu asservir sa chose à un droit d'usage envers une commune.

Il faut donc dire que, par cette loi, les ci-devant seigneurs qui ne peuvent pas justifier qu'ils se sont réservé le droit de Tiers-denier sur les communes usagères, sont ramenés aux termes du droit commun, c'est-à-dire, qu'ils peuvent exercer le cantonnement ; et c'est ce que j'ai expliqué dans mon *Recueil de Questions de droit*, au mot *Usage*, §. 3.

Au surplus *V.* les articles *Communaux*, *Tringe*, et mon *Recueil de Questions de droit*, aux mots *Tiers-denier*.]]

* TIERS-DÉTENTEUR (1). Nous avons rendu compte, sous les mots *Inscription hypothécaire*, §. 7, des effets de l'hypothèque contre les Tiers-détenteurs. Mais cette partie, qui sort de la sphère de l'inscription, n'a pas été traitée avec toute l'étendue qu'elle comporte. Nous croyons utile de la reprendre ici, et de retracer, avec de plus grands développemens, les dispositions contenues dans le Code civil, chap. 6 du titre *des privilèges et hypothèques*.

I. L'hypothèque est un droit *réel* qui affecte l'immeuble sur lequel il est établi : Il est de la nature d'un droit réel de pouvoir être exercé par celui qui en est investi, sur l'immeuble affecté, contre tout nouveau possesseur. Cet attribut, commun aux droits réels de toute espèce, est particulièrement donné à l'hypothèque par l'art. 2166, suivant lequel, les créanciers ayant privilége ou hypothèque inscrits sur un immeuble, ont le droit de le suivre en quelque main qu'il passe, d'en provoquer la vente, et de se faire colloquer et payer sur le prix, suivant l'ordre de leur créance ou inscription.

De quelque nature que soit la mutation, le droit de suite appartient également au créancier.

Si la mutation s'est opérée par le décès du débiteur, le créancier hypothécaire peut suivre l'immeuble entre les mains des successeurs, soit qu'ils aient la qualité d'héritiers, soit qu'ils aient la qualité de légataires universels, soit enfin qu'ils succèdent par un des modes irréguliers, désignés par le chap. 4 du titre *des successions*.

Le droit de suite, dans ce cas, n'appartient même pas exclusivement au créancier hypothécaire, par l'effet seul de sa qualité. Le créancier chirographaire peut l'exercer aussi; car un successeur à cause de mort, soit légitime, soit testamentaire, ayant un titre universel ou particulier, ne peut faire son profit d'aucun bien de la succession, que toutes les dettes privilégiées, hypothécaires, chirographaires ou autres, ne soient acquittées.

La translation de l'immeuble hypothéqué peut se faire aussi par des actes entre-vifs. Le débiteur dont l'immeuble est grevé d'hypothèque, n'en conserve pas moins la propriété, l'administration et la disposition. Il peut donc, pendant sa vie, transférer à un autre la propriété de l'immeuble hypothéqué par

(1) Cet article, à l'exception de ce qui s'y trouve entre deux doubles crochets, appartient à M. Tarrible, maître des comptes, ci-devant membre du tribunat, section de législation.

donation entre-vifs, soit générale, soit particulière, par vente, par échange, par partage ou licitation, et en un mot, par tous les moyens que les lois autorisent.

Dans tous ces cas indistinctement, l'immeuble est transféré avec la charge de l'hypothèque; et le créancier hypothécaire peut exercer son droit sur cet immeuble, quel qu'en soit le possesseur.

II. Au lieu de transférer la propriété de l'immeuble hypothéqué, le débiteur peut transférer, aux mêmes titres, la jouissance temporaire de cet immeuble: cette jouissance pourra être modifiée de trois manières: savoir: en usufruit, en antichrèse ou en bail à ferme. Nous allons examiner séparément comment le créancier hypothécaire pourra exercer son droit de suite dans chacun de ces trois cas.

Si l'usufruit de l'immeuble hypothéqué a été transféré à un Tiers, soit à titre lucratif, soit à titre onéreux, il nous paraît que le créancier hypothécaire pourra suivre l'immeuble hypothéqué dans la main du détenteur usufruitier, comme il le pourrait envers un détenteur qui aurait acquis la propriété.

L'usufruit, en ce qui concerne le régime hypothécaire, est considéré comme une portion modifiée de la propriété. Il est si bien considéré comme tel, que l'art. 2118, ainsi que nous l'avons vu au mot *Hypothèque*, sect. 3. §. 3, déclare que l'usufruit des biens immobiliers et de leurs accessoires, est susceptible d'hypothèque pendant le temps de sa durée. Si le débiteur n'ayant que le simple usufruit d'un immeuble, avait établi une hypothèque sur cet usufruit, on ne pourrait révoquer en doute que le créancier ne pût suivre l'usufruit dans la main d'un tiers, auquel le débiteur l'aurait transféré.

Lorsqu'un débiteur a soumis à l'hypothèque un immeuble dont il a la pleine propriété, rien n'empêche qu'on ne décompose, par la pensée, cette pleine propriété dans la main du débiteur, et qu'on ne regarde l'hypothèque comme établie tant sur la nue-propriété que sur l'usufruit de l'immeuble. L'hypothèque, indivisible par sa nature, reposera toute entière sur la nue-propriété et toute entière sur l'usufruit (Art. 2114 du Code civil). Le débiteur venant à aliéner le simple usufruit de cet immeuble, le créancier hypothécaire pourra évidemment suivre cet usufruit dans la main du nouveau détenteur; il pourra le faire vendre pour sa valeur, et se faire colloquer et payer du montant de sa créance sur le prix, s'il peut y suffire, suivant l'ordre de son inscription.

Cette faculté se raccorde parfaitement, et avec les principes du régime hypothécaire, et avec le but principal de l'hypothèque, qui est de procurer au créancier une sûreté qu'aucun fait ultérieur du débiteur ne puisse détruire ou altérer.

III. L'art. 2085 du Code civil nous apprend que l'antichrèse est un contrat par lequel le créancier acquiert la faculté de percevoir les fruits de l'immeuble livré à ce titre, à la charge de les imputer annuellement sur les intérêts, s'il lui en est dû, et subsidiairement sur le capital de sa créance.

Un immeuble déjà soumis à l'hypothèque envers un créancier, peut être livré à un autre à titre d'antichrèse; la possession de l'immeuble sera transférée par cet acte au second créancier; mais les droits du premier créancier hypothécaire n'en souffriront aucun préjudice, ainsi que le dit expressément l'art. 2091; sauf au possesseur de l'immeuble à titre d'antichrèse, à exercer, dans son ordre, les priviléges et hypothèques qu'il peut avoir sur le même immeuble,

IV. Le bail à ferme est aussi une aliénation de la jouissance. Cependant le créancier ayant hypothèque sur un immeuble, ne pourra suivre cet immeuble dans la main du fermier, ni abréger le temps de sa jouissance, si son bail a une date certaine. Cela résulte de l'art. 691 du Code de procédure civile, qui prévoit ce cas et celui où le bail n'a point de date certaine avant le commandement fait en vue de la saisie immobilière. Au premier cas, la nullité du bail peut être prononcée, si les créanciers et l'adjudicataire le demandent. Mais il n'en est pas de même au second cas; les créanciers hypothécaires peuvent bien saisir et arrêter les loyers et fermages, et demander qu'ils soient immobilisés comme le seraient les fruits; mais ils ne peuvent déposséder le fermier ni empêcher que sa jouissance ne se prolonge jusqu'au terme assigné au bail par la convention.

Cette décision a eu pour base une disposition nouvelle du Code civil, qui a porté, sur ce point, un grand changement dans le droit ancien. Cette disposition est celle de l'art. 1743, qui dénie à l'acquéreur d'un fonds loué précédemment par un bail authentique ou dont la date est certaine, la faculté d'expulser le fermier ou locataire, à moins qu'elle n'ait été expressément réservée dans le contrat de bail.

D'un autre côté, on a considéré un bail comme un simple acte d'administration qui reste pleinement dans le domaine du débiteur, quoique grevé d'hypothèque, et qui ne diminue en rien ni les droits du créancier ni la valeur du gage, attendu que, dans le cours ordinaire des choses, la rétribution annuelle à laquelle le fermier est soumis, égale la valeur des fruits que l'immeuble peut produire, et qu'ainsi, la valeur commerciale de l'immeuble ne se trouve nullement atténuée. On a cru, d'après ces considérations, que, lorsqu'un immeuble déjà grevé d'hypothèque, était loué ou affermé par le débiteur, il était facile de concilier les intérêts du créancier avec l'exécution du bail, et qu'il ne fallait pas permettre à ce créancier ni aux adjudicataires provoqués par ses poursuites, de troubler le fermier dans sa jouissance.

La disposition des lois citées est justifiée par ces motifs, lorsque le bail a été fait de bonne foi et sous les conditions justes et raisonnables qui accompagnent ordinairement les contrats de ce genre. Mais elle ne laisserait pas que d'entraîner des inconvéniens très-graves, si on ne cherchait pas un remède contre l'abus que la mauvaise foi pourrait en faire.

Les co-opérateurs des deux premiers Codes avaient pressenti les abus que la fraude n'a que trop bien su réaliser depuis. Les lois actuelles (avaient-ils dit) ne prescrivent, à la durée des baux, d'autre terme que celui que la volonté des contractans leur assigne. Les mêmes lois permettent encore de stipuler et d'effectuer le paiement du prix du bail par anticipation. A l'aide de cette double faculté, ne verra-t-on pas des débiteurs obérés de dettes hypothécaires, prévenir une expropriation inévitable, et se hâter de consentir de longs baux de leurs immeubles, et en recevoir le prix entier par anticipation? La valeur commerciale de ces immeubles, formant le gage des créanciers hypothécaires, ne sera-t-elle pas doublement diminuée, et par l'éloignement de l'époque où pourra commencer la jouissance personnelle de l'adjudicataire, et par la privation de tous revenus pendant la longue durée du bail?

Ils proposèrent, en conséquence, d'ajouter immédiatement après l'art. 691 du Code de procédure civile, qui était le 715e du projet, deux articles conçus en ces termes :

« Pour quelque terme qu'aient été faits les baux à ferme ou à loyer, ils seront exécutés pour tout le temps qui aura été convenu, si, à l'époque où ils ont été faits, il n'y avait pas d'inscription hypothécaire sur les immeubles. Dans le cas où il y aurait une ou plusieurs inscriptions à ladite époque, leur durée sera toujours restreinte, relativement à l'adjudicataire, au temps de la plus longue durée des baux, suivant l'usage des lieux, à partir de l'adjudication, sauf tout recours des fermiers ou locataires contre le saisi.

» Dans le cas où, lors des baux à ferme ou à loyer, il y aurait eu des inscriptions hypothécaires sur des immeubles, les paiemens faits par anticipation, par le fermier ou locataire, ne vaudront contre les créanciers ou l'adjudicataire, que pour l'année dans laquelle l'adjudication est faite ».

Ces deux articles ne furent pas adoptés, mais leurs dispositions, sur tout pour ce qui concerne l'anticipation, étaient si sages que leur rejet ne peut guère être attribué qu'à l'opinion où devait être le conseil d'état, que les autres dispositions des Codes suffisaient pour atteindre le même but.

Parcourons-les, et voyons jusqu'à quel point elles peuvent remplir cette attente.

Les effets des sous-fermiers et sous-locataires garnissant les lieux occupés par eux, sont soumis à la saisie-gagerie pour les loyers et fermages dus par le locataire principal au propriétaire : cependant les sous-locataires et sous-fermiers obtiennent main-levée, en justifiant qu'ils ont payé de bonne foi, sans que néanmoins ils puissent opposer des paiemens faits par anticipation.

Cette disposition, contenue dans l'art 820 du Code de procédure civile, est bien loin de remplir tout ce que promettaient les deux articles proposés.

Ils avaient pour but de borner, dans la main du débiteur, la faculté de consentir des baux d'une trop longue durée, crainte que l'éloignement de l'époque où un acquéreur pourrait entrer personnellement en jouissance, ne diminuât le concours des enchérisseurs, et avec lui le prix de l'immeuble hypothéqué.

Ils avaient pour but d'empêcher qu'un débiteur qui avait hypothéqué un immeuble; et qui avait ainsi établi le gage de ses créanciers sur toute la valeur qu'avait la pleine propriété de cet immeuble, pût impunément en aliéner la jouissance pendant une longue suite d'années, et en recevoir le prix pour le dérober à ses créanciers.

La disposition de l'art. 820, cité plus haut, est impuissante pour remédier à tous ces inconvéniens.

Premièrement, elle se borne à conserver le droit du propriétaire à raison des fermages qui peuvent lui être dus par le fermier ou

locataire principal; et elle laisse ainsi dans l'abandon les droits des créanciers ayant tout autre titre.

En second lieu, elle ne présente rien qui tende à restreindre la durée des baux ou sous-baux dans des bornes justes et raisonnables.

En troisième lieu, si, d'un côté, elle neutralise les paiemens faits par anticipation, ce bienfait est considérablement atténué par l'art. 1753 du Code civil, qui déclare que les paiemens faits par le sous-locataire, soit en vertu d'une stipulation portée en son bail, soit en conséquence de l'usage des lieux, ne sont pas réputés faits *par anticipation*; en telle sorte que la rigueur apparente de la loi contre les paiemens faits par anticipation, se réduit à annuler ceux qui n'étant dus, suivant le bail, qu'annuellement ou de terme en terme, ont été spontanément anticipés par le sous-locataire ou le sous-fermier.

La fraude est un moyen susceptible d'être généralisé. Ce vice n'annulle pas seulement les baux d'une durée démesurée, ou les paiemens anticipés : il annulle tous les actes qui tendent à léser les droits des créanciers, selon l'art. 1167 du Code civil. Mais la fraude ne peut opérer l'annullation des actes passés entre les débiteurs et des tiers, que lorsque les uns et les autres y ont participé. Tel est le vrai sens de l'art. 1167, dont nous venons de parler. Et ce sens se trouve ainsi expliqué par l'art. 445 du Code de commerce, qui, en parlant des actes frauduleux ou présumés tels, faits par un débiteur au préjudice de ses créanciers, dit que *ces actes sont nuls, lorsqu'il est prouvé qu'il y a fraude de la part des autres contractans*. Cette preuve, déjà difficile à l'égard du débiteur, l'est encore bien davantage à l'egard des autres contractans soupçonnés d'avoir partagé la fraude, ou, en d'autres termes, d'avoir connu et pratiqué des manœuvres frauduleuses dans le dessein de tromper les créanciers et de les priver de leur gage.

Si ces moyens qui sont, à-peu-près, les seuls positifs que l'on retrouve dans les lois existantes, sont insuffisans pour remplir le vide que laisse le rejet des deux articles proposés, ne pourrait-on pas les suppléer par des analogies, et par des conséquences tirées des principes les plus certains en matière d'hypothèque?

Nous avons vu, au commencement de cet article, que le débiteur qui a soumis à l'hypothèque un immeuble à lui appartenant, n'en conserve pas moins la propriété et la libre administration. Cependant l'hypothèque établit sur cet immeuble un droit réel qui ne s'efface par aucune mutation, et qui affecte toute la valeur de la pleine propriété de l'immeuble, en faveur du créancier, pour assurer le paiement de la dette.

Il résulte de cette combinaison, que le droit de l'hypothèque, une fois établi au profit du créancier, ne peut être diminué par aucune aliénation. A plus forte raison ne doit-il pas l'être par un simple acte d'administration de la part du débiteur.

Le bail à ferme ou à loyer est, par sa nature, un simple acte d'administration; et les lois générales qui regissent ce contrat, permettent aux parties de donner au bail une durée indéfinie, ainsi que de cumuler ou de diviser les paiemens, comme elles le jugent convenable.

Cependant les hommes attachent tant de prix à la jouissance personnelle de la propriété, qu'on ne peut se dissimuler qu'un bail à longues années ne diminue la valeur vénale de la propriété de l'immeuble loué, et que, par suite, il n'atténue la sûreté des créanciers. Ceux-ci pourront-ils, par ce seul motif, faire résilier ou réduire le bail? Nous sommes forcés de convenir qu'aucune loi n'appuie cette prétention. On pourrait même dire que le créancier, en stipulant son hypothèque sur un immeuble, n'a pas dû compter sur une valeur d'affection qui n'avait aucune mesure fixe, mais seulement sur la valeur positive qui resultait du calcul du revenu.

En considérant la chose sous ce point de vue, on trouvera qu'un bail à long terme, moyennant un juste prix payable d'année en année, ne porte aucune atteinte aux droits du créancier. L'immeuble ne cessera pas de produire son revenu annuel au profit de quiconque voudra l'acquérir: sa valeur vénale, celle du moins qui a pu raisonnablement entrer dans les calculs du créancier, ne souffrira aucune diminution.

Il n'en est pas de même de l'anticipation. Une convention par laquelle un propriétaire loue son immeuble pour un long temps, et reçoit d'avance tous les fermages, sort du cercle de la simple administration. C'est une véritable aliénation de la jouissance moyennant un prix déterminé, et elle diminue évidemment la valeur vénale de l'immeuble en proportion de la durée du bail; puisqu'il est inévitable qu'un acquéreur, quel qu'il soit, ne fasse entrer dans les calculs du prix qu'il offrira, l'espace de temps pendant lequel il sera privé de tout revenu. Il est donc constant qu'un bail pour plusieurs années, accompagné de la réception anticipée des fermages, diminue le prix réel du gage affecté au créancier.

Il faut cependant conserver à ce créancier la valeur intégrale de son gage : la foi de la

convention, la nature du droit, le vœu de la loi, tout se réunit en sa faveur. Comment y parviendra-t-on ? On n'y parviendra qu'en reconnaissant l'analogie ou plutôt l'identité qui existe entre un bail passé sous ces conditions et un usufruit.

En effet, en observant de près la nature des droits résultans de l'un et de l'autre titre, l'on reconnaîtra facilement qu'ils ne présentent aucune différence, sur-tout relativement aux intérêts des Tiers-créanciers.

Un bail à ferme transfère au locataire le droit de jouir; l'usufruit donne le même droit à l'usufruitier.

Le bail doit avoir un terme: l'usufruit doit en avoir un aussi.

Le bail à ferme doit porter un prix : l'usufruit peut être constitué à titre gratuit; mais, outre qu'il est très-indifférent au créancier que la jouissance de l'immeuble hypothéqué en sa faveur, soit transférée à un Tiers a titre gratuit ou onéreux, l usufruit peut aussi être constitué par une convention moyennant un prix déterminé. C'est ce qui résulte de cette disposition générale de l'art. 579 du Code civil portant que l'usufruit est établi par la loi ou *par la volonté de l'homme*. Cette dernière expression ne doit pas être restreinte de manière qu'elle ne s'applique qu'aux dispositions gratuites, soit entre vifs, soit à cause de mort. L'art. 601, en déclarant que le *vendeur* ou le donateur sous-réserve d'usufruit, ne sont pas tenus de donner caution, suppose bien clairement que l'usufruit peut être constitué par un contrat volontaire et intéressé: et cette vérité, au surplus, établie par la loi 3, D. *de usufructu*, et par le §. 1, Inst. *eod tit.*, a toujours été admise sans controverse par les auteurs, qui reconnaissent tous que l'on peut vendre ou donner l'usufruit d'une chose dont on retient la nue propriété : *Potest ergò* (dit Vinnius, dans son commentaire sur le §. 1, Inst. *de usufructu*, n° 2) *quisque dominus usumfructum rei suæ alteri vendere, aut donare, cedereve, nudâ proprietate retentâ, aut rei nudam proprietatem, retento usufructu.*

Il ne resterait alors d'autre différence entre un bail moyennant un prix annuel reçu d'avance et par anticipation, et la vente d'un usufruit faite pour un prix unique, que celle qui résulterait de ce mode de stipulation du prix; c'est-à-dire, que, dans le bail, chaque année de jouissance serait fixée à un prix distinct, tandis que toutes les années de jouissance que devrait comprendre la vente de l'usufruit, seraient représentées par un prix unique et collectif. Mais cette différence elle-même peut s'évanouir, soit par la convention qui réunirait toutes les années du bail pour en faire un prix unique, ou par celle qui diviserait le prix de l'usufruit en autant de parts qu'il y aurait d'années de jouissance, et qui rendrait le vendeur de l'usufruit garant de toutes les pertes accidentelles qui pourraient survenir dans chacune des années composant la durée de l'usufruit.

Il est donc possible de modifier les deux contrats de manière qu'ils confèrent les mêmes droits, et qu'ils soumettent les contractans aux mêmes obligations, sans que ni l'un ni l'autre aient perdu ni leur caractère ni leur nom primitif.

Si une fois on parvient à identifier les deux contrats, et à ne laisser entre eux qu'une différence de nom, la justice et la raison résisteront à ce que ces deux contrats produisent des effets différens relativement à des tiers-créanciers.

Or, nous avons prouvé plus haut que le créancier hypothécaire a le droit de suivre l'immeuble hypothéqué dans les mains de celui au profit duquel le simple usufruit de cet immeuble a été aliéné : il devra donc avoir le même droit contre le fermier qui, en stipulant un bail à longues années, en aura acquitté le prix d'avance et par anticipation.

Nous sentons que ces réflexions ne peuvent avoir un grand poids dans la bouche d'un simple jurisconsulte. Nous les livrons à la sagesse des tribunaux. Mais si, après les avoir profondément méditées, ils croient pouvoir en faire usage, nous nous féliciterons d'avoir indiqué un moyen propre à atteindre et à déjouer les fraudes que des débiteurs de mauvaise foi ont déjà tenté et tenteront encore de pratiquer, à l'ombre de l'art. 691 du Code de procédure civile.

V. L'art. 2166 que nous expliquerons au n° suivant, n'accorde le droit de suite qu'aux créanciers ayant privilége ou hypothèque *inscrite*. Il est donc en accord parfait avec le système qui a placé dans l'inscription toute la force et la vertu de l'hypothèque, et qui ne souffre pas que le droit de suite puisse être exercé par un créancier qui n'est pas actuellement inscrit. Mais cela ne veut pas dire que, pour exercer le droit de suite, le titre doit se trouver inscrit au moment de l'aliénation : nous avons vu ailleurs et nous répéterons encore que le droit de suite peut être exercé en ce moment, en vertu d'une inscription postérieure, non-seulement par les créanciers ayant hypothèque légale, mais encore par les créanciers

ordinaires, pourvu qu'ils aient fait leur inscription dans la quinzaine, à partir du jour de la transcription faite par le nouvel acquéreur de l'immeuble hypothéqué.

VI. « Si le Tiers-détenteur ne remplit pas » les formalités qui seront ci-après établies, » pour purger sa propriété, il demeure, par » l'effet seul des inscriptions, obligé, comme » détenteur, à toutes les dettes hypothécaires, » et jouit des termes et délais accordés au dé» biteur originaire ». Ce sont les termes de l'art. 2166.

L'hypothèque étant un droit réel qui affecte l'immeuble et le suit dans la main de tout nouveau possesseur, elle aurait abouti à mettre, pour ainsi dire, hors du commerce tout immeuble qui en aurait été frappé, si le législateur n'avait ménagé à tout acquéreur le moyen de purger les hypothèques et de pourvoir à sa propre sûreté. Nous expliquerons ce moyen sous le mot *transcription*. Nous nous contenterons d'observer ici qu'il est purement facultatif, et que l'acquéreur est libre de l'employer ou de le négliger. L'art. 2167 fait expressément allusion à ce dernier cas. Le Tiers-détenteur qui ne veut pas purger les hypothèques, demeure donc, par l'effet seul des inscriptions, obligé, comme détenteur, à toutes les dettes hypothécaires, et jouit des termes et délais accordés au débiteur originaire.

VII. Les effets de l'hypothèque, relativement aux Tiers-détenteurs, dérivent tous de la nature du droit réel qui la compose. Le droit hypothécaire du créancier ne subit aucune altération par la mutation de la propriété ; il ne perd aucun de ses avantages, et il n'en acquiert aucun. Les obligations du détenteur, résultant de la simple détention, ne sont pas des obligations positives en vertu desquelles il puisse être contraint directement à payer les dettes hypothécaires : ce ne sont que des obligations passives qui le soumettent à souffrir que le créancier exerce sur l'immeuble hypothéqué les mêmes droits et actions que si l'immeuble n'eût pas changé de main ; à moins que, pour en arrêter l'effet, il ne préfère de payer intégralement les capitaux et les intérêts exigibles. Quant aux dettes non exigibles, elles ne donnent pas ouverture à l'action hypothécaire du créancier ; et si celui-ci s'avisait de l'intenter, le détenteur le repousserait par les mêmes exceptions que le débiteur originaire aurait pu lui opposer, s'il eût continué de posséder. C'est ce qui est parfaitement expliqué dans les deux articles suivans du Code civil.

« 2168. Le Tiers-détenteur est tenu, dans le même cas, ou de payer tous les intérêts et capitaux exigibles, à quelque somme qu'ils puissent monter, ou de délaisser l'immeuble hypothéqué sans aucune réserve.

» 2169. Faute par le Tiers-détenteur de satisfaire pleinement à l'une de ces deux obligations, chaque créancier hypothécaire a droit de faire vendre sur lui l'immeuble hypothéqué, trente jours après commandement fait au débiteur originaire, et sommation faite au Tiers-détenteur de payer la dette exigible, ou de délaisser l'héritage ».

Le Tiers-détenteur d'un immeuble l'a nécessairement acquis avec les charges réelles dont il est empreint. De ce nombre est l'hypothèque ; et conséquemment le Tiers-détenteur devient passible d'une action réelle de la part du créancier hypothécaire.

Cette action tend principalement à obtenir le délaissement de l'immeuble hypothéqué, afin qu'il puisse être vendu et livré au nouvel adjudicataire, et que, sur le prix, le créancier puisse recouvrer le montant de sa créance : elle doit, par cela même, être dirigée contre le possesseur ; car la possession est un fait, et elle ne peut être délaissée que par celui qui en est saisi.

L'action personnelle dérivant de l'obligation primitive, ne peut jamais être dirigée que contre la personne du débiteur originaire : et c'est par cette raison que le commandement, qui est le premier acte à faire par le créancier poursuivant l'action hypothécaire, doit être toujours adressé au débiteur originaire.

L'action réelle dérivant de l'hypothèque, doit être dirigée contre le Tiers-détenteur, par les motifs que nous avons expliqués : et elle est mise en mouvement par la sommation faite au Tiers-détenteur, conformément à l'art. 2169, *de payer la dette exigible ou de délaisser l'héritage hypothéqué*.

[[Il résulte de là que le créancier hypothécaire ne peut jamais priver le tiers acquéreur qui n'a pas rempli les formalités prescrites pour purger sa propriété, de l'option que lui laisse la loi entre la faculté de payer sa dette, et celle de délaisser l'immeuble ; et que la loi serait violée, si, sur la demande du créancier hypothécaire, le juge ordonnait que, faute par ce tiers acquéreur de délaisser, dans tel délai l'immeuble hypothéqué, il serait contraint purement et simplement au paiement de la dette.

C'est ce qu'a en effet jugé, un arrêt de la cour de cassation, rendu le 27 avril 1812, entre les sieurs Odde-Dutriols, demandeurs en cas-

sation, et la dame Julien, née Chirol, défenderesse.

Voici comment il est conçu :

« Le 7 brumaire an 2, mariage du sieur Julien avec la demoiselle Chirol, défenderesse à la cassation. Par le contrat de mariage, la future déclara ses biens dotaux. Le sieur Julien a reçu, sur la dot de son épouse, une somme de 5,500 francs.

» Les affaires du sieur Julien étant dérangées, son épouse prit contre lui deux inscriptions hypothécaires, l'une le 2 ventôse an 10, et l'autre le 5 décembre 1809.

» Le 24 ventôse an 13, elle s'était pourvue en séparation de biens.

» Le 25 floréal suivant, jugement par défaut contre le sieur Julien, qui prononça la séparation de biens, et condamna le mari à restituer à sa femme la somme de 6,000 francs pour le montant de ses cas dotaux, ainsi que les meubles et effets qu'il avait reçus d'elle, et à défaut d'y satisfaire, autorisa la dame Julien à faire les poursuites nécessaires.

» Ce jugement a été exécuté. Les deux inscriptions prises par la défenderesse, portaient sur des biens provenant de l'émigré Gaspard Odde-Dutriols, qui avaient été adjugés au sieur Julien, par procès-verbal de l'administration du district du Puy, en date du 23 messidor an 2.

» Cependant le sieur Julien avait cédé et revendu ces biens aux deux enfans de l'émigré, par acte passé devant notaires, le 2 fructidor an 3; et cette cession est bien antérieure aux inscriptions prises par la dame Julien, dont la première est du 2 ventôse an 10.

» Mais les cessionnaires n'avaient rempli aucune des formalités prescrites, soit par l'édit de 1771, soit par la loi du 11 brumaire an 7, pour purger les hypothèques et consolider la propriété.

» En conséquence, la défenderesse s'étant fait autoriser par un jugement à poursuivre en justice le recouvrement de ses droits, et voulant faire valoir ses inscriptions sur les biens cédés, a, par exploit du 18 avril 1806, et après l'essai de conciliation, fait assigner les demandeurs devant le tribunal civil du Puy, pour voir dire, qu'ils seraient tenus d'exhiber leur contrat d'acquisition; sinon, qu'elle serait autorisée à s'en faire délivrer une expédition à leurs frais; et, en conséquence, voir déclarer les immeubles qu'ils avaient acquis du sieur Julien, affectés et hypothéqués au paiement, 1° de la somme de 5332 francs 35 centimes, principal des sommes reçues par le sieur Julien, son mari; 2° les intérêts de cette somme à compter du jour de la demande, jusqu'au remboursement de ce capital; 3° les frais et mises à exécution et accessoires; voir dire, en conséquence, que les acquéreurs seraient, chacun à leur égard, *personnellement et hypothécairement* pour le tout, comme détenteurs des immeubles, condamnés à lui payer et rembourser ladite somme capitale, intérêts et frais, si mieux n'aimaient déguerpir lesdits biens dont ils étaient détenteurs, pour être vendus en justice sur un curateur à déguerpissement, dans les formes prescrites par la loi, avec restitution des fruits, à dater du jour de leur entrée en jouissance, pour, sur le prix de la vente, être payée, elle dame Julien, des sommes à elle dues par son mari en principal, intérêts et frais; ce que lesdits acquéreurs seraient tenus d'opter dans la huitaine de la signification du jugement à intervenir, sinon, et ledit délai passé, qu'ils seraient contraints purement et simplement au paiement des sommes dues.

» Les frères Dutriols se sont bornés à conclure, sur cette demande, à ce que, vu ce qui résulte des art. 2167 et 2169 du Code civil, la demande en déclaration d'hypothèque formée contre eux par la dame Julien, fut rejetée; sauf à elle à se pourvoir par les voies qui lui étaient indiquées par le Code civil.

» Le 25 juillet 1810, jugement par lequel le tribunal civil du Puy, sans s'arrêter ni avoir égard à l'exception proposée par les frères Dutriols, les en a démis, et a prononcé, en conséquence, qu'il a été contre eux bien et régulièrement procédé; *attendu* (a-t-il dit) *que les dispositions de l'art. 2169 du Code civil, sur le mode d'action que peut exercer un créancier hypothécaire contre le Tiers-détenteur d'un fonds qui lui est hypothéqué, ne sont pas exclusives de tout autre mode; que l'action exercée contre les frères Dutriols, a le même résultat; que sa marche plus lente et précédée d'une citation en conciliation, ne pouvait que leur présenter plus d'avantage; que les créances de la dame Julien n'étant pas vérifiées avec les frères Dutriols, pouvaient être contestées par eux; qu'il pouvait d'ailleurs s'élever un litige sur la légalité et la date de l'hypothèque de la dame Julien, et qu'ainsi, elle avait fait sagement de former d'abord une demande en déclaration d'hypothèque, avant de procéder conformément à l'art. 2169 du Code civil; que cette action n'est pas prohibée par la loi; que les frères Dutriols eussent pu la faire cesser en reconnaissant, comme le demandait la dame Julien, que les propriétés sur lesquelles portait cette action, étaient af-*

fectées à la créance dotale de ladite dame ; qu'au contraire, ils avaient manifesté devant le bureau de paix l'intention de contester le point de droit; que l'art. 2173 *suppose le cas où le Tiers-détenteur contesterait le droit du créancier hypothécaire, et où il interviendrait condamnation contre lui, sans indiquer l'action qui doit être exercée dans ce cas, pour le faire condamner ; et qu'ainsi il importe peu que le litige s'engage par une opposition à la sommation de payer ou de délaisser l'héritage, ou par une demande principale tendante aux mêmes fins.*

» Les frères Dutriols ont appellé de ce jugement.

» Le 11 janvier 1811, arrêt de la cour d'appel de Riom qui, par les motifs exprimés dans le jugement du tribunal du Puy, a déclaré qu'il avait été bien jugé par ce tribunal.

» C'est de cet arrêt que la cassation était demandée pour violation et fausse application de plusieurs dispositions du Code civil en matière d'hypothèque.

» Comme Tiers-détenteurs, disait-on pour les demandeurs, ils n'avaient pas encore rempli les formalités prescrites par le chap. 8 du tit 18 du Code civil, pour purger la propriété par eux acquise; la dame Julien devait donc, conformément à l'art. 2169 du Code civil, faire *commandement* au débiteur originaire, et *sommation* aux Tiers détenteurs de payer la dette exigible, ou de délaisser l'héritage; et faute par ces derniers d'avoir, dans les 30 jours, payé la dette, ou délaissé l'héritage, elle aurait provoqué la vente de l'immeuble prétendu hypothéqué. Toute autre voie lui était interdite.

» Au lieu de cela, elle a formé une demande en déclaration d'hypothèque, et introduit une instance qui contrariait ouvertement la nouvelle législation sur les hypothèques.

» Devant le tribunal civil du Puy, les Tiers-détenteurs se sont bornés à conclure à la nullité de la demande, sauf à la femme Julien de procéder conformément à l'art. 2169 du Code civil. Le tribunal de première instance a rejeté leur exception, et la cour d'appel a confirmé son jugement.

» La cour d'appel de Riom a donc violé les dispositions des nouvelles lois sur les hypothèques, et particulièrement l'art. 2169 du Code civil.

» Au surplus, ajoutait-on, en supposant que la demande en déclaration d'hypothèque eût été permise, et que la dame Julien eût pu exercer un droit d'hypothèque sur les biens dont il s'agit, l'arrêt attaqué présenterait encore une contravention à l'art. 2169 du Code civil.

» Comme les Tiers-détenteurs n'étaient point obligés *personnellement* envers la femme Julien, et qu'ils n'eussent été tenus de la dette qu'autant qu'ils seraient restés possesseurs des biens hypothéqués, l'art. 2169 leur avait laissé l'option de payer la dette ou de délaisser les biens; et faute de paiement, ou de délaissement dans les 30 jours, il avait seulement autorisé le créancier à poursuivre la vente sur les Tiers-détenteurs.

» Dans le système adopté par le tribunal civil et la cour d'appel, il aurait donc fallu condamner les Tiers-détenteurs à payer la créance dans le délai de 30 jours, ou à délaisser les biens, et à défaut de paiement et de délaissement, autoriser la dame Julien à faire procéder à la vente,

» Au lieu de cela, les premiers juges et la cour d'appel ont ordonné que les détenteurs seraient tenus, dans huit jours, de payer ou de délaisser; et qu'à défaut de paiement ou de délaissement dans ce délai, ils seraient contraints purement et simplement au paiement de la créance en principal, intérêts et frais.

» Mais la cour d'appel n'avait pas le droit de soumettre les détenteurs à la contrainte personnelle, quand la loi ne les avait soumis qu'à une poursuite de vente.

» La contravention est manifeste, et la cour de cassation ne peut la tolérer.

» La défenderesse a reproduit et développé le système adopté par les premiers juges et par la cour d'appel. Elle disait notamment que l'arrêt dénoncé ne contenait pas de condamnation personnelle contre les demandeurs; et que, d'ailleurs, des acquéreurs n'étaient pas fondés à se plaindre, lorsqu'on leur laissait la faculté de déguerpir ou de payer; qu'ils pouvaient se dispenser de payer en déguerpissant; et que, s'ils ne voulaient pas déguerpir, il fallait bien qu'ils fussent contraints à payer, suivant l'ancienne maxime, *aut solve aut cede.*

» Sur quoi, ouï le rapport de M. Chabot...;

» Attendu 1° que l'action en déclaration d'hypothèque n'a pas été expressément abrogée par le Code civil, mais qu'elle ne peut plus avoir d'autre objet que d'interrompre la prescription à l'égard des Tiers-détenteurs; que, sous tous les autres rapports, elle serait frustratoire; et que notamment elle n'est plus admissible, d'après les art. 2166, 2167, 2168 et 2169 du Code civil, pour contraindre les Tiers-détenteurs au paiement de la dette hypothécaire;

» 2° Que l'art. 2169 a fixé les droits du

créancier et la marche qu'il doit suivre, dans le cas où le Tiers-acquéreur, qui n'a pas rempli les formalités prescrites pour purger sa propriété, ne paye pas les dettes hypothécaires, ou ne délaisse pas l'immeuble hypothéqué; que, dans ce cas, le créancier a le droit de faire vendre l'immeuble, suivant les formes qui sont déterminées; que l'art. 2169 est virtuellement exclusif d'un autre mode de procéder; et qu'aucun autre article, soit du Code civil, soit du Code de procédure civile, n'autorise un mode différent;

» 3° Que c'est une des bases du nouveau système hypothécaire, et qu'il résulte notamment des art. 2167, 2168, 2169, 2170, 2172 et 2173 du Code civil, que le Tiers-détenteur qui n'est pas personnellement obligé au paiement de la dette, ne peut être contraint à ce paiement qu'en qualité de détenteur, que sur le bien même qui est hypothéqué, et non par voie de condamnation personnelle, lors même qu'il ne délaisserait pas le bien;

» 4° Qu'ainsi, l'arrêt dénoncé a violé les articles précités du Code civil, en admettant une demande en déclaration d'hypothèque qui n'avait pour objet que de contraindre les Tiers-acquéreurs au paiement de la dette hypothécaire, en validant une procédure autre que celle autorisée par le Code civil, et en ordonnant que, faute par les Tiers-acquéreurs de délaisser, dans huitaine, l'immeuble hypothéqué, ils seraient contraints purement et simplement au paiement de la dette;

» La cour casse et annulle l'arrêt rendu par la cour d'appel de Riom, le 11 janvier 1811...».]]

VIII. Le délaissement de l'héritage est le principal but de l'action qui nous occupe ici.

Le détenteur le peut faire volontairement: nous verrons bientôt quelles doivent être les formes et les suites de cet abandon volontaire.

Il peut le refuser aussi: dans ce cas, la vente forcée de l'immeuble hypothéqué est poursuivie sur sa tête jusqu'au jugement de l'adjudication qui le contraint à délaisser au nouvel adjudicataire.

Le Tiers-détenteur n'a que deux moyens d'échapper au délaissement, soit volontaire, soit forcé.

L'un, qui est le plus efficace, consiste à payer intégralement les capitaux et les intérêts de la dette exigible; quant aux dettes non exigibles, soit à cause que le terme n'en est pas échu, soit parcequ'elles sont subordonnées à des conditions suspensives, soit enfin parcequ'elles ne sont pas liquidées, ces dettes, disons-nous, ne peuvent donner lieu à l'action hypothécaire, ou, en d'autres termes, à l'expropriation forcée, qui ne peut être poursuivie, selon l'art. 2213 du Code civil, qu'en vertu d'un titre authentique et exécutoire, et pour une dette certaine et liquide.

Le second moyen consiste dans une exception dilatoire, dont le but et les effets font le sujet des articles du Code que nous allons transcrire:

« 2170. Néanmoins, le Tiers-détenteur qui n'est pas personnellement obligé à la dette, peut s'opposer à la vente de l'héritage hypothéqué qui lui a été transmis, s'il est demeuré d'autres immeubles hypothéqués à la même dette, dans la possession du principal ou des principaux obligés, et en requérir la discussion préalable, selon la forme réglée au titre *du Cautionnement*: pendant cette discussion, il est sursis à la vente de l'héritage hypothéqué.

» 2171. L'exception de discussion ne peut être opposée au créancier privilégié ou ayant hypothèque spéciale sur l'immeuble ».

Nous avons déjà remarqué, sous le mot *Discussion*, que l'ancienne jurisprudence obligeait le créancier hypothécaire à discuter les biens possédés par le débiteur, avant que d'agir sur les biens aliénés. Ces articles accordent aussi au Tiers-détenteur le bénéfice de la discussion, mais à certaines conditions que nous allons analyser.

1° Le Tiers-détenteur doit requérir la discussion; sans quoi, le créancier n'est pas tenu de la faire d'office. La forme de cette discussion est celle qui est réglée au titre *du cautionnement*, par l'art. 2023 du Code civil. Le Tiers-détenteur qui requiert la discussion, doit donc, d'après cet article, indiquer au créancier les biens du débiteur principal susceptibles de discussion, et avancer les deniers suffisans pour fournir aux frais qu'elle entraîne. Il ne doit indiquer, ni des biens du débiteur principal situés hors de l'arrondissement de la cour royale du lieu où le paiement doit être fait, ni des biens litigieux, ni des biens hypothéqués à la dette, qui ne sont plus en la possession du débiteur.

2° Le Tiers-détenteur ne peut opposer l'exception de discussion au créancier privilégié ou ayant hypothèque spéciale sur l'immeuble dont l'expropriation est poursuivie. Ces dispositions contenues dans l'art. 2191, sont absolues: de quelque nature que soit le privilége ou l'hypothèque spéciale, le créancier sera à couvert de l'exception de discussion, lors même que tous les biens soumis au

Privilége ou à l'hypothèque spéciale du créancier, ne seraient pas compris dans la saisie, et que les biens non saisis se trouveraient dans la possession du débiteur et pourraient être suffisans pour acquitter la dette.

Il suit de là que l'exception de discussion ne peut être opposée par les Tiers-détenteurs qu'aux créanciers ayant une hypothèque générale, telle que l'hypothèque légale de l'état, de la femme, des mineurs ou interdits, l'hypothèque judiciaire, ou bien l'hypothèque conventionnelle, dans le seul cas exprimé dans l'art. 2130, où le débiteur, en exprimant l'insuffisance de ses biens présens et libres, consent que chacun des biens qu'il acquerra par la suite, demeure affecté à mesure des acquisitions.

3° Pour jouir du bénéfice de discussion, le Tiers-détenteur doit de plus n'être obligé qu'à cause de la simple détention de l'immeuble hypothéqué. S'il était personnellement obligé à la dette, l'exception lui serait déniée.

Mais il nous reste à faire connaître les cas où le tiers-détenteur est personnellement obligé à la dette.

Pour y parvenir, nous distinguerons les mutations opérées par le décès des anciens propriétaires, d'avec celles qui s'opèrent du vivant de l'ancien propriétaire, et par des actes émanés de sa volonté.

Les mutations qui s'opèrent par décès, sont celles qui ont lieu en faveur des successeurs, soit légitimes, soit testamentaires. Les héritiers, les légataires universels, les légataires à titre universel, sont personnellement obligés au paiement des dettes de la succession, par la nature même de leur titre. Le légataire particulier n'en est pas tenu personnellement. On peut voir là-dessus les art. 870, 871, 1009, 1011 et 1024 du Code civil. Néanmoins, le légataire particulier auquel le testateur a imposé la charge de payer une dette, est personnellement obligé, à raison de cette dette, suivant la loi 70, D. *de legatis* 2°, qui serait encore observée sous notre nouvelle législation, attendu que tout donataire contracte, par sa seule acceptation, l'obligation personnelle d'acquitter ou de remplir les charges qui lui sont imposées par son propre titre.

Les mutations entre-vifs s'opèrent par la vente, l'échange et la donation, soit universelle ou à titre universel, soit particulière.

La vente, l'échange et la donation particulière d'un objet déterminé, ne soumettent le nouveau propriétaire à aucune obligation personnelle pour l'acquittement des dettes contractées par son auteur. Cependant, si un acquéreur ou copermutant, ou un donataire d'objets particuliers, s'était expressément soumis à acquitter une dette indiquée par le contrat, il serait personnellement obligé au paiement de cette dette. La raison énoncée pour le legs particulier, s'applique à ces divers cas; et elle est fortifiée par les dispositions de l'art. 1121 du Code civil, portant que l'on peut stipuler au profit d'un Tiers, lorsque telle est la condition d'une stipulation que l'on fait pour soi-même, ou d'une donation que l'on fait à un autre; ainsi, la stipulation faite par le vendeur, par le copermutant, ou par le donateur, que l'acquéreur, le copermutant ou le donataire seront tenus d'acquitter une dette indiquée, étant faite dans l'intérêt du stipulant, elle oblige personnellement celui qui a promis d'acquitter la dette.

La donation universelle de la totalité ou d'une quotité des biens présens, avec charge de payer les dettes désignées ou non désignées, impose au donataire, par les mêmes motifs, l'obligation personnelle d'acquitter les dettes existantes au temps de la donation, dans la proportion de l'emolument.

En serait-il de même, si la charge d'acquitter les dettes, n'avait pas été expressément imposée au donataire général?

M. Grenier, ex-tribun, dans son nouveau *Traité des donations et des testamens*, a recueilli et comparé, avec autant d'érudition que de sagacité, les diverses opinions émises sur cette question sous les législations antérieures. Il a adopté celle qui, dans ce cas exprimé, borne les droits des créanciers contre le donataire général à une action appelée *in rem scripta*, de laquelle le donataire peut se dégager en abandonnant l'objet de la donation. Il ajoute que la législation nouvelle n'a apporté aucun changement à l'ancienne sur ce point.

Nous adoptons entièrement la manière de penser de ce savant jurisconsulte, et nous ne croyons pouvoir mieux faire que de renvoyer le lecteur qui désirera approfondir cette question, à l'ouvrage cité, tome 1, chap. 2, nos 86 et suivans.

Il résulte de cette courte analyse, qu'il n'y a que deux causes principales qui soumettent le détenteur d'un bien hypothéqué à l'obligation personnelle de la dette.

La première est la succession à titre universel. Le successeur à titre universel, soit héritier, soit légataire, n'est même pas un Tiers-détenteur proprement dit, puisqu'il est l'image du défunt, et qu'il est tenu des dettes de son auteur de la même manière que cet auteur l'était lui-même.

La seconde est la soumission personnelle de la part du Tiers-détenteur dans l'acte, soit onéreux, soit lucratif, qui lui a transféré la propriété de l'immeuble hypothéqué.

Ainsi, tout acquéreur, tout représentant, tout donataire entre-vifs, soit à titre universel, soit à titre particulier, auquel on n'a pas imposé la charge expresse d'acquitter la dette, ne sera pas personnellement obligé; il ne le sera que comme simple détenteur, et il pourra opposer l'exception de discussion.

IX. L'art. 2172 du Code civil s'exprime ainsi : « Quant au délaissement par hypo» thèque, il peut être fait par tous les Tiers» détenteurs qui ne sont pas personnellement » obligés à la dette, et qui ont la capacité » d'aliéner ».

La distinction que nous avons faite, sous l'article précédent, entre le Tiers-détenteur obligé personnellement à la dette, et le Tiers-détenteur obligé seulement à cause de la possession de l'immeuble hypothéqué, se reproduit ici relativement au délaissement. Les premiers ne peuvent, ni opposer l'exception de discussion, ni se dégager de l'action hypothécaire par le délaissement. Ce double droit n'appartient qu'aux Tiers-détenteurs qui n'ont contracté aucune obligation personnelle d'acquitter la dette.

Le droit de faire le délaissement, est purement facultatif dans la personne du Tiers-détenteur non personnellement obligé. Il peut, ou souffrir que l'expropriation soit faite sur lui, ainsi que nous l'a appris l'art. 2169, ou délaisser l'immeuble hypothéqué. Mais, pour délaisser, il faut qu'il ait la capacité d'aliéner; ce qui est conforme aux principes généraux qui regardent l'abandon d'une propriété comme une aliénation, et qui l'interdisent à ceux qui n'ont pas la libre administration ou disposition de leurs biens.

Cette impuissance, au surplus, n'arrêtera ni ne suspendra les poursuites du créancier. Celui-ci poursuivra la vente sur le mineur, sur l'interdit Tiers-détenteur, après avoir fait commandement au débiteur originaire, et après avoir fait sommation au tuteur de payer la dette ou de délaisser.

X. « Le délaissement peut être fait, même » après que le Tiers-détenteur a reconnu l'o» bligation, ou subi la condamnation en cette » qualité seulement : le délaissement n'empê» che pas que, jusqu'à l'adjudication, le Tiers» détenteur ne puisse reprendre l'immeuble en » payant toute la dette et les frais. » Ce sont les termes de l'art. 2173 du Code civil.

Le Tiers-détenteur peut être obligé personnellement au paiement de la dette, par l'un des moyens que nous avons expliqués plus haut; ou bien il peut être déclaré par jugement, ou se reconnaître obligé, comme simple détenteur, à cause de la possession de l'immeuble hypothéqué seulement. Au premier cas, avons-nous dit, le Tiers-détenteur ne peut ni délaisser ni opposer la discussion; il peut être poursuivi personnellement, comme le débiteur originaire lui-même. Ce n'est qu'au second cas qu'il jouit de cette double faculté. Cependant le Tiers-détenteur non obligé personnellement, peut ou délaisser ou retenir. L'une et l'autre détermination produisent les mêmes effets relativement au créancier; elles n'entraînent de différence que dans la forme de la procédure. S'il ne délaisse pas, la vente se poursuit sur lui; s'il délaisse, la vente est poursuivie sur la tête d'un curateur, comme nous allons le voir. Le délaissement, quoique effectué, ne devient irrévocable qu'après l'adjudication. Jusque-là, le Tiers-détenteur non obligé personnellement, peut reprendre l'immeuble, en payant toute la dette et les frais.

XI. « Le délaissement par hypothèque se fait » au greffe du tribunal de la situation des » biens, et il en est donné acte par ce tribunal. » Sur la pétition du plus diligent des intéres» sés, il est créé, à l'immeuble délaissé, un » curateur, sur lequel la vente de l'immeuble » est poursuivie dans les formes prescrites pour » l'expropriation ».

Cet article, qui est le 2174e du Code civil, règle les formes du délaissement à faire par le Tiers-détenteur, lorsqu'il en a le droit et la volonté. Ces formes sont claires et très-simples. Le Tiers-détenteur déclare au greffe du tribunal de la situation des biens, qu'il délaisse actuellement l'immeuble frappé d'hypothèques étrangères du chef de son auteur, et le tribunal lui donne acte de sa déclaration.

Tout est consommé par cette déclaration, pour ce qui concerne le Tiers-détenteur, à moins qu'avant l'adjudication, il ne veuille user de la faculté que la loi lui donne de reprendre l'immeuble délaissé, en acquittant la dette entière et les frais.

Le Code de procédure civile ne contient aucune disposition particulière sur le cas où la vente est poursuivie contre un Tiers-détenteur, même non obligé personnellement. Ce silence vient, sans doute, de ce qu'on a pensé que les dispositions contenues dans le Code civil, étaient suffisantes pour régler tout à-la-fois les droits et les devoirs des intéressés, ainsi que les formes de procédure à suivre.

Le délaissement ne peut avoir lieu qu'à la suite d'une sommation faite au Tiers-détenteur, par un ou plusieurs créanciers du débiteur, de payer ou de délaisser. D'un autre côté, le délaissement se fait au greffe du tribunal, et il en est donné acte par le tribunal même. Il est nécessaire que le délaissement de la part du Tiers-détenteur, parvienne à la connaissance du créancier poursuivant, afin qu'il puisse faire, à la suite, les procédures nécessaires pour parvenir à l'expropriation forcée. Cette connaissance doit donc être donnée au créancier de l'une des deux manières suivantes : ou en l'assignant à jour, lieu et heure, pour voir prononcer le jugement du tribunal qui donnera acte du délaissement fait au greffe; ou en lui notifiant le même acte.

Lorsque le délaissement est reçu et connu, le plus diligent des intéressés présente une requête tendante à faire créer un curateur sur l'immeuble délaissé; le curateur est nommé par le tribunal, et la vente de l'immmeuble est poursuivie contre ce curateur, dans les formes prescrites pour les expropriations, et de la même manière qu'elle aurait été poursuivie contre le Tiers-détenteur, s'il n'avait pas jugé à propos de délaisser.

On ne pense pas que la sommation qui doit avoir été faite au Tiers-détenteur, en exécution de l'art. 2169, doive être répétée contre le curateur, puisque la loi ne le dit pas; on ne croit pas non plus que la poursuite commencée contre le débiteur originaire, par le commandement qui a dû lui être fait, selon le même article, doive être discontinuée par la nomination du curateur. Le débiteur originaire devra rester dans l'instance en expropriation, tout comme il y serait resté, si le Tiers-détenteur n'eût pas délaissé, et si, en conséquence, l'expropriation n'eût pas été entamée sur la tête de ce dernier.

XII. L'art. 2175 est conçu de la manière suivante : « Les détériorations qui procèdent » du fait ou de la négligence du Tiers-déten» teur au préjudice des créanciers hypothé» caires ou privilégiés, donnent lieu contre » lui à une action en indemnité; mais il ne » peut répéter ses impenses et améliorations » que jusqu'à concurrence de la plus value » résultant de l'amélioration ».

Tout fait quelconque de l'homme, dit l'art. 1382 du Code civil, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer. C'est de ce principe général que découle la disposition particulière de cet article, qui soumet à une indemnité le Tiers-détenteur d'un immeuble hypothéqué, à raison des détériorations commises par son fait ou sa négligence, au préjudice des créanciers hypothécaires. Le Tiers-détenteur qui a acquis un fonds hypothéqué, cause du préjudice aux créanciers hypothécaires, s'il y commet des détériorations, soit par son fait, soit par sa négligence, puisque ces détériorations diminuent la valeur de l'immeuble et le gage des créanciers. Il doit donc réparer ce dommage, en complétant la valeur que l'immeuble aurait encore, s'il eût été conservé dans son ancien état.

Réciproquement, si le Tiers-détenteur fait des améliorations, il a le droit de les répéter, mais seulement jusqu'à concurrence de la plus-value résultant de l'amélioration.

Nous avons expliqué sous les mots *Privilége de créance*, sect. 4, §. 5, la nature et les effets du droit en vertu duquel le Tiers-détenteur répète les améliorations faites sur l'immeuble dont il est évincé.

XIII. « Les fruits de l'immeuble hypothé» qué ne sont dus par le Tiers-détenteur, qu'à » compter du jour de la sommation de payer » ou de délaisser, et, si les poursuites ont été » abandonnées pendant trois ans, à compter » de la nouvelle sommation qui sera faite ». Cet article est le 2176e du Code civil.

Il applique au Tiers-détenteur, relativement aux fruits, les principes établis par les art. 549 et 550, à l'égard des possesseurs de bonne foi : tout comme le possesseur de bonne foi gagne les fruits jusqu'à ce que les vices de sa possession ou de son titre lui aient été notifiés, de même le Tiers-détenteur d'un immeuble hypothéqué gagne les fruits jusqu'à ce que la connaissance positive de l'existence de l'hypothèque lui ait été donnée par la sommation de payer ou de délaisser.

Cette disposition ne doit pas être confondue avec celle de l'art. 689 du Code de procédure civile, portant que les fruits échus depuis la dénonciation au saisi, seront immobilisés pour être distribués, avec le prix de l'immeuble, par ordre d'hypothèque. Autre chose est la restitution des fruits, qui intéresse principalement le Tiers-détenteur; autre chose est l'immobilisation des fruits, qui est indifférente au Tiers-détenteur, et qui n'a de rapport qu'au mode de distribution entre les créanciers.

Le Tiers-détenteur qui ne délaisse pas l'immeuble non affermé, doit en conserver la possession jusqu'à la vente, comme séquestre judiciaire, conformément à l'art. 688 du Code de procédure civile. Mais il sait qu'à compter du jour de la sommation de payer ou de dé-

laisser, qui est le premier acte de la procédure en expropriation, il est tenu de restituer les fruits aux créanciers.

Toutefois, les fruits ne seront pas immobilisés dès le même instant : il ne le seront qu'à compter de l'époque de la dénonciation de la saisie, postérieure de plusieurs mois à celle de la sommation. Il n'y a, en effet, que les fruits échus depuis la dénonciation, qui soient immobilisés, lorsque le débiteur a conservé la possession de l'immeuble hypothéqué, et que la procédure est dirigée contre lui seul : et nulle raison ne peut faire qu'il en soit autrement, lorsque la vente est poursuivie sur le Tiers détenteur qui n'a pas délaissé. Il suit de là que, s'il s'agit de déterminer les obligations du Tiers-détenteur, il ne faut consulter qu'une époque unique, qui est celle de la sommation de payer ou de délaisser, et que tous les fruits échus depuis, doivent être restitués aux créanciers ; mais que, s'il s'agit de régler les intérêts des créanciers, il faudra consulter, outre l'époque de la sommation primitive, celle de la dénonciation postérieure de la saisie : les fruits perçus dans l'intervalle de la sommation à la dénonciation, seront meubles, et devront être distribués par contribution au marc le franc entre tous les créanciers, tant chirographaires qu'hypothécaires ; les fruits perçus postérieurement à la dénonciation de la saisie, seront immobilisés, et seront distribués entre les seuls créanciers hypothécaires, selon l'ordre de leurs hypothèques.

Le législateur prévoit, dans cet article, le cas de la péremption commune à toutes les instances. Toute instance, dit l'art. 397 du Code de procédure civile, encore qu'il n'y ait pas constitution d'avoué, sera éteinte par discontinuation de poursuites pendant trois ans. L'instance en expropriation forcée périt comme les autres, par une semblable discontinuation. L'effet de la péremption, selon l'art. 401 du Code de procédure civile, est d'éteindre la procédure, sans qu'on puisse, dans aucun cas, opposer aucun des actes de la procédure éteinte, ni s'en prévaloir. Si donc la procédure en expropriation a été discontinuée pendant trois ans, et si la péremption a été déclarée acquise, le Tiers-détenteur ne sera plus obligé à restituer les fruits du jour de la sommation de payer ou de délaisser, qui est éteinte, comme tous les autres actes de la procédure, mais seulement du jour de la nouvelle sommation, qui sera répétée en vertu de l'action, pourvu que cette action continue de subsister.

XIV. Les principaux effets du délaissement sont expliqués dans l'art. 2177 du Code civil, qui est ainsi conçu : « Les servitudes et droits » réels que le Tiers-détenteur avait sur l'im» meuble avant sa possession, renaissent après » le délaissement ou après l'adjudication faite » sur lui. Ses créanciers personnels, après tous » ceux qui sont inscrits sur les précédens pro» priétaires, exercent leur hypothèque à leur » rang, sur le bien délaissé ou adjugé ».

Les servitudes, tant actives que passives, s'éteignent, lorsque la propriété du fonds servant et celle du fonds dominant sont réunies dans la même main. Si l'acte par lequel la réunion s'est opérée, est résolu, cet acte est considéré comme s'il n'avait pas existé; et les servitudes doivent renaître, telles qu'elles étaient auparavant. C'est ce qui arrive dans le cas où le Tiers-détenteur d'un immeuble hypothéqué a fait le délaissement ou subi l'expropriation forcée; l'acte de son acquisition est résolu, et les servitudes relatives au fonds évincé, doivent renaître telles qu'elles étaient avant la possession du Tiers-détenteur.

L'immeuble hypothéqué acquis par le Tiers-détenteur, pouvait être uni de deux manières, par le lien de la servitude, avec l'immeuble appartenant auparavant à ce même Tiers-détenteur. La servitude pouvait être établie sur le fonds nouvellement acquis, en faveur de l'immeuble anciennement possédé : ou bien elle pouvait être établie sur l'immeuble anciennement possédé, en faveur du fonds nouvellement acquis. Dans les deux cas, la servitude s'était éteinte par la réunion du fonds servant et du fonds dominant dans la main du même propriétaire.

L'art. 2177 n'a prévu que le premier cas, c'est-à-dire, celui où le fonds hypothéqué était soumis à une servitude envers le fonds anciennement appartenant au Tiers détenteur; et il dit que la servitude éteinte pendant la confusion des deux propriétés dans la même main, renaît au profit du Tiers-détenteur, après le délaissement ou l'adjudication.

Il faudrait dire la même chose, et par les mêmes motifs, dans le cas inverse : la servitude revivrait sur l'immeuble appartenant anciennement au Tiers-détenteur, au profit de l'immeuble délaissé ou adjugé.

D'un autre côté, l'hypothèque existante sur un immeuble appartenant au débiteur, n'ôte à celui-ci ni l'administration ni la libre disposition de l'immeuble. S'il a aliéné cet immeuble, la propriété n'en a pas moins été légitimement transmise au Tiers-détenteur, qui, dès-lors, a pu établir de nouvelles hypothèques sur le même immeuble envers ses

créanciers personnels. Le délaissement consenti par le Tiers-détenteur, ou l'adjudication faite sur sa tête, ne détruiront nullement le droit hypothécaire établi en faveur de ces derniers créanciers. Mais il ne s'opérera aucune confusion des hypothèques créées par le Tiers-détenteur, avec les hypothèques établies sur les précédens propriétaires, pourvu que ces dernières aient été inscrites avant l'aliénation. Car si l'inscription n'avait été faite qu'après l'aliénation, ce que l'art. 834 du Code de procédure civile a rendu possible, et si les hypothèques n'avaient pas été purgées par les premiers acquereurs, toutes les hypothèques, tant celles créées par le précédent propriétaire, que celles créées par le dernier, viendraient se colloquer dans un ordre unique selon le rang de leurs inscriptions. *V.* l'article *Ordre de créanciers*, §. 2, n° 3.

XV. L'art. 2178 du Code civil nous indique un autre effet du délaissement : « Le Tiers-» détenteur qui a payé la dette hypothécaire » ou délaissé l'immeuble hypothéqué, ou subi » l'expropriation de cet immeuble, a le recours » en garantie, tel que de droit, contre le dé-» biteur principal ».

On ne doit pas perdre de vue que cet article, ainsi que les précédens, désignent le Tiers-détenteur qui ne s'est pas personnellement obligé à la dette. Si ce Tiers-détenteur a payé la dette, ou s'il a délaissé l'immeuble ou subi l'expropriation, il doit avoir un recours contre le débiteur principal. La dette ne devait pas être acquittée par lui, puisque l'on suppose qu'il n'en était pas tenu; elle devait l'être par un autre : lorsqu'elle se trouve payée, soit avec les propres deniers du Tiers-détenteur, soit avec ceux provenans de la vente d'un immeuble qui lui appartenait, il est juste qu'il puisse exercer un recours contre le vrai débiteur.

Cet article lui accorde le recours *tel que de droit* : ce n'est pas sans dessein que ces dernières expressions ont été ajoutées : elles ont pour but d'indiquer les diverses nuances que la garantie peut prendre, selon la nature du titre qui avait conféré l'immeuble au Tiers-détenteur.

Si le titre est onéreux, tel qu'une vente ou un échange, la garantie peut être exercée dans toute sa plénitude, suivant les principes établis par la sect. 3 du chap. 4 du titre *De la vente* ; car il y a éviction causée par le fait du vendeur ou copermutant; et ceux-ci doivent alors indemniser entièrement l'acquéreur évincé.

Lorsque le titre est lucratif, la garantie résultant de l'éviction, a moins de latitude. En règle, la garantie n'est due par le donateur que dans les deux cas prévus dans la loi 18, §. 3, D, *de donationibus*. Le premier est celui où la garantie a été formellement promise par le donateur; le second est celui où le donateur a commis un dol.

Sans nous engager dans l'analyse de toutes les causes qui peuvent donner lieu à l'éviction, nous nous bornerons à celle qui appartient immédiatement à notre sujet, c'est-à-dire, à celle qu'essuie le donataire particulier d'un immeuble hypothéqué, lorsqu'il est contraint, ou à payer, ou à délaisser, ou à subir l'expropriation.

Il nous paraît que, dans ce cas, le donataire pourrait exercer son recours contre le donateur, au moins pour l'obliger à rembourser les sommes effectives employées au paiement de la dette. La grande raison qui fait la base fondamentale de cet article, s'applique au donateur, comme à tout autre. Il est de principe, en effet que la donation particulière d'un immeuble hypothéqué, n'impose nullement au donataire l'obligation personnelle d'acquitter la dette. Cette obligation personnelle continue de résider tout entière sur la tête du donateur. Le paiement fait, soit directement avec les deniers du donataire, soit indirectement avec ceux provenant de la vente forcée de l'immeuble, acquitte la dette du donateur. Il est juste qu'il rembourse celui aux dépens duquel le paiement se trouve fait.

Cette opinion est en harmonie, soit avec la loi romaine citée plus haut, soit avec les art. 871 et 874 du Code civil.

Le donateur qui a conservé sur sa tête l'obligation personnelle de payer sa propre dette, s'est implicitement soumis à rembourser quiconque l'acquitterait à sa charge.

Les art. 871 et 874 du Code civil disent que le légataire particulier n'est pas tenu des dettes, sauf l'action hypothécaire sur l'immeuble légué; et que, s'il acquitte la dette dont l'immeuble était grevé, il demeure subrogé aux droits du créancier contre les héritiers et successeurs à titre universel.

Le légataire particulier d'un immeuble a un titre de même nature que celui du donataire particulier : les héritiers et successeurs à titre universel sont l'image du défunt, et le représentent dans l'universalité des droits actifs et passifs dont il était investi de son vivant. Si donc le légataire d'un immeuble grevé d'une dette hypothécaire acquittée par lui, est subrogé aux droits du créancier contre les héritiers et successeurs à titre universel, et s'il a recours contre eux pour les obliger à lui rem-

bourser toute la portion de la dette qu'il a payée à leur décharge, il est tout naturel que le donataire particulier, qui a payé la dette en tout ou en partie, jouisse de la même action et du même recours contre le donateur vivant ou contre les héritiers du donateur.

Il peut y avoir d'autant moins de difficulté à assimiler les deux cas, que le donataire et le légataire se trouvent compris dans cette disposition générale de l'art. 1251 du Code civil, n° 3, portant que la subrogation a lieu de plein droit au profit de celui qui, étant tenu avec d'autres ou pour d'autres au paiement de la dette, avait intérêt de l'acquitter,

Le donataire, ainsi que le légataire particulier, sont tenus, du moins comme simples détenteurs, d'acquitter la dette, soit avec le débiteur principal, soit pour lui. Ils sont dans la position indiquée par la loi, pour que la subrogation leur soit acquise.

Il est vrai que le cas nominativement prévu, est celui où le légataire a payé avec ses deniers la dette pour laquelle l'immeuble légué se trouvait hypothéqué. Mais qu'importe que la dette soit payée avec les deniers comptés immédiatement par le légataire ou le donataire particulier, ou bien qu'elle soit payée avec les deniers provenans de la vente d'un fonds qui leur appartient? La dette sera toujours payée par eux, par cela même qu'elle sera payée à leurs dépens. Tous les principes de la saine raison et de l'équité seraient renversés, si deux hypothèses qui ont une analogie si parfaite, produisaient des résultats opposés. Un légataire et un donataire riches payeraient la dette avec leurs deniers, ils recouvreraient leurs déboursés de la part des héritiers ou du donateur, et conserveraient ainsi sans aucune perte le fruit de la libéralité exercée envers eux. Et un légataire ou un donataire pauvre, qui n'aurait ni argent ni crédit, et qui serait ainsi contraint de délaisser l'immeuble, ou d'en subir l'expropriation, perdrait une propriété qui lui était légitimement acquise, sans espérer de recouvrer le prix employé à payer une dette qui était à la charge du donateur ou des héritiers! Encore un coup, la saine raison et l'équité ne peuvent tolérer des résultats aussi disparates.

Nous pensons donc que, du moment où le paiement de la dette a été effectué aux dépens du donataire ou du légataire particulier, soit qu'il l'ait été directement par eux et avec leurs deniers propres, soit qu'il l'ait été avec les deniers provenans de la vente forcée de leur immeuble, la subrogation aux droits du créancier payé doit leur être acquise, conformément aux art. 371, 874 et 1251 du Code civil.

Cette subrogation légale opérée en leur faveur, nous donne la mesure du recours en garantie qu'ils pourront exercer contre les vrais débiteurs. La garantie, en effet, se modifie selon la nature du titre; l'acquéreur évincé par le délaissement ou par l'expropriation forcée, répétera contre le vendeur, non-seulement le prix acquitté et les frais, mais encore tout ce que l'immeuble vaut, de plus au moment de l'éviction, qu'il ne valait lors de la vente.

Le donataire particulier, au contraire, dont toute la garantie s'exerce à l'aide de la subrogation légale aux droits du créancier acquitté, répétera, contre le donateur, tout ce qui se trouvera payé au créancier, de la même manière que celui ci aurait pu l'exiger de la part du donateur, son débiteur personnel. Mais il ne pourra exiger du donateur, ni le remboursement des frais de la donation, ni ce que l'immeuble adjugé pouvait valoir de plus au moment de l'éviction, qu'il ne valait au moment de la donation, puisqu'il ne peut exercer d'autres droits que ceux qu'avait le créancier acquitté, et que ce créancier ne pouvait exiger autre chose que sa propre créance. Cette opinion est celle que M. Grenier a embrassée dans son *Traité des Donations*, tome 1, page 275.

Que faudrait il décider, si l'éviction avait pour cause une surenchère faite par un créancier à la suite de la notification du titre d'acquisition et de la déclaration du Tiers-détenteur, qu'il ne peut acquitter les dettes jusqu'à concurrence du prix?

La question s'est présentée à la cour de cassation, qui, par arrêt du 4 mai 1808, rapporté dans le *Journal des audiences* de cette cour, année 1808, page 230, a jugé que le vendeur est obligé, de droit, de garantir l'acquéreur du résultat d'une surenchère.

Les motifs de l'arrêt sont pris, tant des art. 1626, 1630, et 1633 du Code civil, que de l'art. 2191 du même Code, portant que l'acquéreur qui, à la suite de la surenchère formée par un créancier, se sera rendu adjudicataire, aura son recours, tel que de droit, contre le vendeur, pour le remboursement de ce qui excède le prix stipulé par son titre, et pour l'intérêt de cet excédant, à compter du jour de chaque paiement.

Il est sensible, en effet, que l'acquéreur ne peut avoir ce recours dans ce cas exprimé, qu'à titre de garantie. L'acquéreur est libre de concourir ou de ne pas concourir aux enchères. L'adjudication est un titre nouveau et distinct qui n'a rien de commun avec le contrat de vente volontaire qui l'a précédée. L'ac-

quéreur a été exproprié dès la première surenchère : cette expropriation, suivie de l'adjudication, a donné ouverture à l'action en garantie contre le vendeur, sans distinguer le cas où l'adjudication resterait à l'acquéreur, de celui où elle serait faite au profit d'un autre. Si l'art. 2191, dans le cas qu'il a prévu, a fixé l'objet du recours à la différence qui se trouvera exister entre le prix de la vente volontaire et celui de l'adjudication, c'est parceque cette différence donne la mesure exacte du préjudice souffert par l'acquéreur et de l'indemnité que le vendeur volontaire doit lui fournir à titre de garantie. Car, d'ailleurs, le principe adopté par l'arrêt cité, n'obligerait pas moins le vendeur à garantir l'acquéreur, lors même que celui-ci ne serait pas devenu adjudicataire : mais alors la garantie n'ayant pas une mesure fixe, serait déterminée par les règles générales consacrées par les autres articles invoqués.

L'arrêt a été rendu dans l'espèce d'une surenchère formée sur un contrat de vente. Les mêmes formes s'appliquent au donataire particulier qui veut purger les hypothèques dont l'immeuble donné peut être grevé. Il nous reste à savoir si le donataire aurait également son recours contre le donateur, soit qu'il ne restât pas adjudicataire, et quel serait l'objet de ce recours.

Nous ne savons apercevoir aucune différence, relativement au recours, entre le cas où le donataire a été évincé par le délaissement spontané ou par l'expropriation forcée, et celui où il l'a été par une surenchère. Au premier cas, la provocation part des créanciers ; au second, elle part du donataire ; mais le fond du droit et les effets sont parfaitement les mêmes dans les deux cas. Dans l'un et dans l'autre, le donataire est dépouillé d'une propriété qui lui était acquise ; dans l'un et dans l'autre, le prix provenant de la vente forcée de cette propriété, sert à acquitter une dette dont le donataire n'était pas tenu personnellement, et qui était toute entière à la charge du donateur. Il faut en conclure que, dans l'un comme dans l'autre, le donateur ne peut, par un refus d'acquitter sa propre dette, rendre la donation illusoire, et qu'il doit garantir le donataire.

Pour ce qui est de la mesure de la garantie, nous ne pouvons appliquer au donataire les dispositions de l'art. 2191, puisque, la donation étant gratuite de sa nature, il est impossible d'établir une différence entre le prix de la donation et celui de l'adjudication ; mais nous calquerons encore cette garantie sur la subrogation légale aux droits du créancier acquitté : et nous dirons qu'il est plein de justice que le donateur paye au donataire une somme égale à celle qui a été employée au paiement de sa dette propre, et qui a tourné à sa libération.

Cette règle nous paraît d'autant plus juste, qu'elle se raccorde parfaitement avec les droits respectifs de toutes les parties. Elle laisse un libre cours à l'action hypothécaire du créancier : elle ne nuit en rien au donateur, qui ne paye que le montant de sa propre dette, de la même manière qu'il aurait dû la payer au créancier ; elle ne l'assujétit à aucune plus ample garantie envers le donataire : elle assure au donataire tout le fruit qu'il peut retirer de la donation d'un immeuble déjà affecté d'un droit réel envers d'autres créanciers, et qu'il ne pouvait conserver en nature, qu'en commençant par acquiter la dette.

V. les articles *Délaissement*, *Garantie*, *Hypothèque*, *Saisie immobilière*, *Transcription*, etc. *

TIERS ET DANGER. *V.* les articles *Danger* et *Gruerie*.

* TIERS-LODS. Dans quelques provinces, telles que le Lyonnais, le Forez, le Beaujolais, le Dauphiné, le roi et les seigneurs haut-justiciers sont dans l'usage de concéder par bail à cens les eaux de leur territoire pour l'irrigation des prés ; et lorsque le pré est vendu, ils prennent le Tiers du droit de lods pour prix de la concession, de manière qu'il ne reste au seigneur direct que les deux tiers des lods et ventes ; et lors même que l'héritage est allodial, le seigneur haut-justicier n'en prend pas moins ce Tiers-lods, c'est à-dire, le Tiers de ce que l'acquéreur eût payé à titre de lods et ventes, si l'immmeuble eût été censuel. (M H....) *

[[Ce droit a été aboli par la loi du 13-20 avril 1791, avec tous les droits dépendans des justices seigneuriales.]]

TIERS-SAISI. *V.* l'article *Saisie-arrêt*.

[[TIMBRE. (droit de). C'est un impôt qui se lève *sur les papiers destinés aux actes civils et judiciaires, et aux écritures qui peuvent être produites en justice et y faire foi.* Ce sont les termes de l'art. 1 de la loi du 13 brumaire an 7, qui forme, avec celles des 6 prairial de la même année et 28 avril 1816, le dernier état de la législation sur cette matière. (1).

(1) Il y a été fait des modifications importantes, pour le royaume des Pays-Pas, par une loi du 31 mai 1824, que l'on peut voir dans le *Journal Officiel* de ce royaume, tome 19, n° 36.

Les dispositions de ces trois lois sont trop connues pour qu'il soit nécessaire de les retracer ici; bornons-nous à rappeler les principales questions qu'elles ont fait naître.

I. Les registres de perception des octrois municipaux sont-ils sujets au Timbre? *V.* l'article *Octrois*, §. 3, n° 4.

II^1. Les lettres de voiture peuvent-elles, à défaut de Timbre, être saisies et donner lieu à des amendes, quoiqu'elles ne soient produites devant aucune autorité, devant aucun officier public?

L'affirmative résulte de ce qui est dit aux mots *Lettres de voiture*, n° 2, et ci-après, n° 13.

Mais il ne faut pas perdre de vue les explications que donne là-dessus un décret du 3 janvier 1809, dont voici la teneur:

« Sur le rapport de notre ministre des finances; vu l'art. 12, tit. 2, de la loi du 13 brumaire-an 7 sur le timbre, l'art. 5 de la loi du 6 prairial de la même année, et notre décret du 16 messidor an 13; notre conseil d'état entendu, nous avons décrété et décrétons ce qui suit:

» Art. 1. Les lettres de voiture, connaissemens, charte-parties et polices d'assurance, continueront d'être assujétis au Timbre de dimension. Les parties, pour rédiger ces actes, pourront se servir de telle dimension de papier timbré qu'elles jugeront convenable, sans être tenues d'employer exclusivement à cet usage, du papier frappé du Timbre d'un franc.

» 2. Ne sont point assujétis à se pourvoir de lettres de voiture timbrées, les propriétaires qui font conduire par leurs voituriers et leurs propres domestiques ou fermiers, les produits de leurs récoltes».

II^2. Les avis imprimés, qui se distribuent en forme de lettres missives, sont-ils soumis au Timbre?

En 1808, un préposé de la régie de l'enregistrement constate, par un procès-verbal, qu'il a été adressé au sieur Gentil un avis imprimé, *non timbré*, par lequel le sieur Ducommun annonce au public qu'il a trouvé le moyen de placer, dans toute fontaine domestique et portative, un filtre qui procurera de l'eau parfaitement claire, et qu'il se charge de l'entretenir au moyen d'un abonnement annuel.

D'après ce procès-verbal, le sieur Ducommun est poursuivi pour contravention à la loi du 6 prairial an 7.

Mais, par jugement du 4 juin 1808, le tribunal civil de la Seine le décharge de la poursuite,

« Attendu que l'art. 1er de cette loi ne parle que des avis imprimés, qui se crient et se distribuent dans les lieux publics, ou que l'on fait circuler de toute autre manière; que la pièce dont il s'agit, n'est point un avis, mais une lettre missive;

» Que ce caractère lui appartient à plusieurs titres;

» Qu'elle porte une suscription dans laquelle la demeure du sieur Gentil est spécialement indiquée;

» Qu'elle était close et cachetée comme toutes les lettres que la poste reçoit, ayant une destination fixe et particulière, et qu'ainsi, cette pièce ne peut être assimilée à un avis imprimé, crié, distribué dans les lieux publics, ou que l'on fait circuler d'une manière improuvée par la loi».

Mais la régie se pourvoit en cassation; et par arrêt du 12 septembre 1809, au rapport de M. Boyer,

« Vu l'art. 1er de la loi du 6 prairial an 7;

» Et attendu que l'avis imprimé dont il s'agissait au procès, était dénué de la formalité du Timbre prescrite par l'article sus-énoncé;

» Que cet article ne distinguant pas, embrasse, dans sa disposition générale, la circulation qui a lieu dans le public par voie et sous la forme de lettres missives, comme tout autre mode de circulation;

» Qu'il suit de là qu'en déchargeant, sous ce prétexte, le sieur Ducommun de l'amende par lui encourue, le tribunal civil de la Seine a violé l'article précité de la loi du 6 prairial an 7, sur le timbre;

» La cour casse et annulle...».

V. l'art. 66 de la loi sur les finances, du 28 avril 1816.

II^3. Les affiches de jugemens rendus entre particuliers et imprimées dans leur intérêt, sont-elles soumises au timbre?

Le 15 septembre 1809, procès-verbal qui constate l'existence sur papier non timbré, d'une affiche imprimée par le sieur Hacquart, d'un jugement rendu par le tribunal civil du département de la Seine, en faveur du sieur Duverger contre le sieur Genaud.

En conséquence, le directeur de l'enregistrement, se fondant sur les art. 56, 60 et 61 de la loi du 9 vendémiaire an 6, fait citer les sieurs Duverger et Hacquart devant le même tribunal, pour se voir condamner solidairement à l'amende de 100 francs et à 50 francs pour la restitution du droit de Timbre fraudé.

Le 16 janvier 1810, jugement qui rejette la demande, « attendu qu'aux termes mêmes des » articles cités par la régie, les actes de l'auto- » rité publique sont affranchis du Timbre ».

Recours en cassation de la part de la régie; et par arrêt du 16 juillet 1811, au rapport de M. Audier-Massillon,

« Vu les art. 56, 60 et 61 de la loi du 9 vendémiaire an 6;

» Attendu que l'art. 56 de la loi du 9 vendémiaire an 6, ci-dessus cité, soumet au droit de Timbre toutes les affiches, quelle que soit leur nature et leur objet, et n'excepte que celles d'actes émanés de l'autorité publique;

» Que cette exception ne peut s'appliquer qu'aux affiches faites dans l'intérêt public, et à la poursuite d'un fonctionnaire ayant quelque exercice de l'autorité publique, et non à des jugemens rendus et affichés à la poursuite d'un particulier et dans son intérêt;

» Que, si la loi du 9 vendémiaire an 6 avait pu laisser quelque doute à ce sujet, il aurait été levé par l'art. 16, n° 1, de la loi du 13 brumaire an 7, qui n'excepte du droit et de la formalité du Timbre les extraits, copies et expéditions des actes, arrêtés, décisions et délibérations de l'administration publique et de tous les établissemens publics, que dans le cas seulement où ces extraits, copies ou expéditions ont été délivrés par une administration publique ou par un fonctionnaire public, à une autre administration publique ou à un fonctionnaire public, et qu'il y est fait mention de cette destination;

» Que le jugement qui avait ordonné l'impression et l'affiche dont il s'agit, avait été rendu sur la demande du sieur Duverger, et qu'il avait été imprimé et affiché à sa poursuite, et aux frais de son adversaire; d'où il suit que le jugement du tribunal de Paris du 16 janvier 1810, qui a exempté cette affiche du droit de Timbre, et qui a débouté l'administration de la contrainte décernée contre l'imprimeur de l'affiche, et contre celui qui l'avait fait apposer, a violé les lois ci-dessus citées;

» La cour casse et annulle..... ».

III. L'amende prononcée par la loi contre tout porteur de billets négociables venant de l'étranger, qui ne les a pas fait timbrer à l'extraordinaire avant qu'ils fussent négociés en France, est-elle encourue lorsqu'un billet négociable venant de l'étranger, a été présenté au Timbre, après avoir été revêtu en France d'un endossement, mais le même jour?

Voici un arrêt de la cour de cassation, du 16 juillet 1806, qui juge pour l'affirmative: (nous le puisons dans le *Bulletin civil*).

« Le 10 floréal an 13, procès-verbal fut rédigé contre Dominique Ogez, avoué près le tribunal d'Anvers: le fait constaté par ce procès-verbal, est que le sieur Ogez présentait au bureau, pour y recevoir le visa pour Timbre, un effet de commerce daté de Bréda, 20 mars 1806, portant endossement de ce même jour 10 floréal an 13, signé *Bosselaerts*, à l'ordre du sieur Ogez.

» De ce fait on a induit une contravention à la loi du Timbre, et spécialement à l'art. 15, qui veut que *les effets négociables venant de l'étranger, soient soumis au Timbre ou au visa pour Timbre, avant qu'ils puissent être negociés, acceptés ou acquittés en France.*

» Le tribunal d'Anvers, saisi de la contestation, a déclaré la régie non-recevable et non fondée dans son action contre le sieur Ogez, sauf à elle à se pourvoir contre le contrevenant. Ce tribunal a pris pour motifs de sa décision, les considérations présentées par le sieur Ogez, savoir, que la traite a été présentée au bureau du Timbre, le même jour de la mise de l'endossement et de la transmission au sieur Ogez, et que, loin de vouloir frustrer le droit de Timbre, le sieur Ogez s'empressait de réparer l'omission de l'endosseur.

» L'administration de l'enregistrement a présenté pour moyens de cassation, ceux qu'elle avait infructueusement proposés devant les juges d'Anvers. Puisque la traite dont il s'agit, tirée de l'étranger, a reçu à Anvers un endossement *avant* d'avoir été soumise au Timbre, l'amende prononcée par l'art. 26 de la loi du 13 brumaire an 7, était acquise; et le porteur de cette traite, se trouve dans la même position que le porteur d'un effet qui aurait été rédigé en France sur papier non timbré; il suffit que le sieur Ogez ait accepté et soit porteur de la traite, pour qu'il soit responsable de l'inexécution de la loi, sauf son recours contre l'endosseur; d'ailleurs il est sensible que, s'il était permis de différer de présenter au bureau du Timbre, les effets négociables venus de l'étranger, les droits du trésor public seraient subordonnés à l'événement alternatif du paiement ou non paiement de l'effet, et que les droits seraient éludés toutes les fois que les traites seraient acquittées à la présentation.

» L'arrêt de cassation est ainsi conçu:

» Ouï le rapport de M. Vasse, l'un des juges.... ;

» Vu les dispositions de la loi du 13 brumaire an 7, portant, savoir :

» Art. 15. *Les effets négociables venant de l'étranger ou des îles et colonies, seront, avant qu'ils puissent être négociés, acceptés ou acquittés en France, soumis au Timbre... ou au visa pour Timbre, et le droit sera payé... ;*

» Art. 16. *Il est prononcé, par la présente, une amende du vingtième de la somme exprimée dans un effet négociable, s'il est écrit sur papier non timbré ;*

» Considérant qu'il résulte des dispositions ci-dessus, que les effets négociables venant de l'étranger...., ne peuvent être négocies ou acceptés en France, sans avoir été préalablement soumis au Timbre, ou au visa pour Timbre, et le droit de Timbre acquitté avant toute négociation ;

» Considérant que Dominique Ogez était porteur d'un effet de commerce tiréde Bréda, endossé à Anvers, et passé à son ordre, sans avoir reçu, avant cette négociation, la formalité du Timbre, et que le tribunal d'Anvers, en libérant Dominique Ogez de l'action de la régie, a formellement contrevenu à la disposition absolue de l'art. 15 de la loi du 13 brumaire an 7 ;

» La cour casse et annulle.... ».

IV. 1° Les extraits que les notaires délivrent des actes qu'ils ont précédemment reçus, peuvent-ils être écrits sur papier libre ?

2° Les amendes pour contravention à la loi du Timbre, peuvent-elles être modérées par le juge, sous le prétexte que le contrevenant a été de bonne foi ?

L'arrêt suivant, que la cour de cassation a rendu le 23 mai 1808, prononce la négative sur l'un et l'autre point :

« Par procès-verbal du 29 juillet 1806 (est-il dit dans le *Bulletin civil*), il fut constaté que le sieur Barthélemi, notaire à Albertstroff, avait délivré sur papier libre, une note signée de lui, constatant la valeur des meubles et effets d'une succession, d'après l'inventaire qu'il en avait dressé.

» Cette note ainsi extraite, devait être sur papier timbré : ce qui fut cause que le sieur Barthélemi fut cité pardevant les juges composant le tribunal d'arrondissement de Vic, pour se voir condamner au paiement du droit de Timbre, et à 50 francs d'amende ; et par jugement du 7 novembre 1806, cet officier a seulement été condamné à 25 centimes de droit de Timbre, et 10 francs d'amende.

» Ce jugement est fondé 1° sur ce que, s'agissant, non d'une expédition, mais d'un simple extrait, il pouvait être délivré sur du papier de la moindre dimension; 2° sur ce que le sieur Barthélemi n'ayant pas eu l'intention de frauder, puisque la note qu'il avait donnée, était destinée à être mise immédiatement sous les yeux du receveur, la loi ne défendait pas de mitiger l'amende qu'il avait encourue.

» La régie s'est pourvue en cassation contre ce jugement, et lui a objecté deux irrégularités également péremptoires.

» La première résulte de ce que les juges de Vic n'ont point appliqué au sieur Barthelemi l'amende prononcée par la loi contre les fonctionnaires publics;

» La seconde, de ce qu'en reconnaissant que ce notaire avait encouru une amende de 50 francs, ils se sont permis de la modérer à 10 francs, ce qui est, de leur part, un excès de pouvoir évident.

» Sur quoi, ouï le rapport de M. Brillatde Savarin...;

» Vu l'art. 12 de la loi du 13 brumaire an 7, ainsi conçu : *Sont assujétis au droit de Timbre etabli en raison de la dimension, 1° les actes des notaires et les extraits, copies, et expéditions qui en seront délivrés;*

» L'art. 19 de la même loi, portant; *les notaires, greffiers, arbitres, et secretaires des administrations ne pourront employer, pour les expéditions qu'ils délivreront, du papier timbré d'un format inférieur à celui appelé moyen papier*, et dont le prix est fixe à 75 centimes la feuille ;

» Le §. 4. de l'art. 26, qui prononce une amende de 50 francs pour contravention à l'art. 19 de la part des officiers et fonctionnaires publics ci-dessus dénommés ;

» Et attendu que le jugement attaqué, en prononçant seulement une amende de 10 francs contre le notaire Barthelemi dans le cas ci-dessus, a violé ces diverses dispositions de la loi ;

» La cour casse et annulle.... ».

V. 1° Les contraintes des receveurs du droit d'enregistrement peuvent-elles être écrites sur papier libre, sauf a les faire timbrer à l'extraordinaire avant leur signification ?

2° L'exploit de signification d'une contrainte décernée dans cette forme, peut-il être écrit sur le même papier, timbré à l'extraordinaire?

» Le sieur Barthelemi Thoinard de Jouy, (c'est encore d'après le *bulletin civil* que nous parlons) décéde le 15 fructidor an 9.

» Marie Barthélemi Thoinard, sa fille, prend sa succession sous bénéfice d'inventaire, et fournit sa déclaration au bureau de l'enregistrement de Baugenci.

» Un vérificateur trouve cette déclaration inexacte : il dresse en conséquence un procès-

verbal dans lequel, à raison de l'insuffisance des estimations, et des omissions qu'il a établies, il liquide à 1,771 francs 55 centimes le simple et le double droit à restituer.

» Par continuation du même procès-verbal, il décerne une contrainte en paiement de cette somme; puis, il fait timbrer à l'extraordinaire et enregistrer la pièce.

» Le juge de paix met son visa à la suite de la relation de l'enregistrement.

» Et immédiatement aussi après le visa, l'huissier écrit l'exploit de signification du tout.

» La demoiselle Thoinard forme opposition à la contrainte, et l'affaire s'engage devant le tribunal de première instance d'Orléans.

» La dlle Thoinard plaide, entre autres moyens, que le vérificateur a dressé son procès-verbal sur papier non timbré, qu'il l'a fait timbrer à l'extraordinaire, que c'est sur ce même papier que le juge de paix a rendu l'ordonnance d'exécution, et que l'huissier a fait l'original du commandement; que cela est contraire aux dispositions des art. 18 et 23 de la loi du 13 brumaire an 7, sur le Timbre.

» Le tribunal civil de l'arrondissement d'Orléans déclare la contrainte irrégulière et nulle, et condamne la régie aux dépens.

»Il motive sa décision 1° sur ce que la faculté accordée par le §. 2 de l'art. 18 de la loi du 13 brumaire an 7, aux administrations publiques, d'employer du papier timbré à l'extraordinaire, embrasse *exclusivement* les actes émanés *directement* de ces administrations, et ne peut être étendue aux poursuites qu'elles sont chargées de diriger, et pour lesquelles elles emploient le ministère des huissiers; 2° sur ce que l'original de la contrainte décernée à la requête de la régie, par l'huissier Bourcheron, ne peut être considéré comme un acte qui émane de l'administration publique; que conséquemment cette contrainte est soumise à la prohibition incluse dans ledit art. 18.

»(Par arrêt du 15 juillet 1806) ouï le rapport de M. Ruperou, l'un des juges....;

» Vu les art. 18 et 23 de la loi du 13 brumaire an 7, sur le Timbre, et l'art. 64 de la loi du 22 frimaire an 7, sur l'enregistrement;

»Attendu que le préposé de la régie de l'enregistrement était autorisé à faire *timbrer à l'extraordinaire* le papier qu'il a employé pour décerner la contrainte dont il s'agit;

»Attendu que le visa du juge de paix n'ayant pu être mis qu'à la suite même de cette contrainte, il a dû nécessairement jouir de l'exception assurée à cette contrainte, *par rapport à l'emploi du Timbre extraordinaire*;

»Attendu enfin, que l'exploit de signification de la contrainte pouvait d'autant plus être écrit également à la suite de cette contrainte et du visa, que la loi excepte de la prohibition de faire et d'expédier deux actes à la suite l'un de l'autre sur la même feuille de papier timbré, les significations des huissiers à la suite des pièces dont il est délivré copie;

» Par ces motifs, la cour casse et annulle...». *V.* ci-après, n° 7.

VI. Lorsqu'une quittance écrite sur papier libre, revêtue d'un Timbre à l'extraordinaire qui y a été apposé moyennant l'amende portée par la loi, est produite en justice par le défendeur à la demande en paiement de la somme qu'elle justifie avoir été payée, le juge peut-il, en prenant cette quittance pour base du jugement par lequel il déboute le demandeur, condamner celui-ci à rembourser au défendeur le montant de l'amende qu'il a été contraint de payer pour le défaut primitif de Timbre?

Ecoutons encore le *bulletin civil*:

« Le sieur Bonnecarrère avait obtenu, le 23 brumaire an 7, un jugement par défaut, par lequel le tribunal de commerce de Toulouse avait condamné le sieur Roucolle à lui payer le montant d'une lettre de change de 212 francs, que le sieur Roucolle lui avait souscrite le 15 floréal an 6. Ce jugement avait été signifié, le 15 brumaire an 8, au défaillant, qui était alors au service de la république.

» Le 26 nivôse an 13, commandement de payer le montant des condamnations prononcées en faveur du sieur Bonnecarrère.

» Le 28, opposition au commandement, à la requête du sieur Roucolle; et bientôt, production et communication par ce dernier, d'une quittance en date du 15 thermidor an 6, qu'il dit avoir été écrite et lui avoir été donnée par une demoiselle Bonnecarrère, sœur du porteur de la traite; quittance timbrée et enregistrée à Toulouse le 17 ventôse an 13. En conséquence, conclusions de l'opposant tendantes à sa décharge des condamnations du 23 brumaire an 7, et à son renvoi de la demande en paiement de la traite de 212 francs, avec dépens.

» A l'audience du 21 ventôse an 13, déclaration du sieur Bonnecarrère, qu'il *conteste la vérité de l'écriture et de la signature* de la quittance, comme n'étant l'ouvrage d'aucune de ses sœurs; et conclusions tendantes à ce qu'il plaise au tribunal ordonner qu'elle sera rejetée, sauf au sieur Roucolle à faire procé-

der à sa reconnaissance, au désir de l'art. 7 du tit. 12, de l'ordonnance de 1667.

» Deux questions ont été posées, à la suite du débat : l'une, s'il fallait ordonner l'exécution du jugement par défaut du 23 brumaire an 7, ou bien le rétracter, relaxer Roucolle de la demande, ordonner que la lettre de change lui serait rendue, et, à défaut, la déclarer nulle et de nul effet et valeur; l'autre, de savoir qui devait payer les dépens.

» Sur la première question, les juges ont considéré, en substance, 1° que la demoiselle Bonnecarrère étant *peu accoutumée à l'écriture*, et aucune des parties n'ayant *indiqué* qu'elle eût, *avant la quittance rapportée*, passé *aucun acte ni autre espèce d'écrit qui pût donner à son écriture et à sa signature l'authenticité que la loi exigeait*, il n'y avait point de *possibilité* de faire, avec exactitude, la *vérification* de cette quittance; 2° qu'il était de fait, et qu'il demeurait *convenu* par Bonnecarrère, que *sa sœur faisait ses affaires*; que, *quand bien même Roucolle ne rapporterait point de quittance*, d'après toutes les *présomptions* qui se réunissaient contre Bonnecarrère, le tribunal était *assez fixé* pour *conclure* que *sa sœur* avait *réellement reçu* le montant de la traite.....

» Ils ont considéré, sur la deuxième question, que *Bonnecarrère* succombant dans ses prétentions, il devait être *tenu* des dépens, *même aux frais de Timbre et amende de la quittance.*

» Et par ces motifs, le tribunal de commerce de Toulouse, prenant, *en tant que de besoin*, droit de la quittance rapportée par Roucolle, rétractant le jugement du 23 brumaire an 7, a *relaxé* Roucolle de la demande, a ordonné que la lettre de change lui serait rendue; à défaut de quoi, l'a déclarée de nul effet et valeur; et a *condamné Bonnecarrère aux dépens*, liquidés à 78 francs 40 centimes, en ce *compris* 33 francs 27 centimes pour *le Timbre et l'amende de la quittance.*

» Pourvoi du sieur Bonnecarrère, en cassation de ce jugement. Trois moyens à l'appui de ce jugement :

» Le premier tiré de ce qu'au mépris de la *dénégation* formelle *d'écriture et de signature* de la quittance privée, attribuée à la demoiselle Bonnecarrère, et sans qu'il en ait été fait *vérification* préalable, le tribunal de commerce l'a prise pour base de libération de la lettre de change qui n'était point désavouée. En quoi, contravention, tant aux art. 5, 7 et 8 du tit. 12 de l'ordonnance du mois d'avril 1667, qu'aux art. 3, 4 et 8 de l'édit du mois de décembre 1684;

» Le deuxième consistant à se plaindre de ce que les juges se sont immiscés dans une *vérification* d'écrit privé, en la jugeant arbitrairement *impraticable*, et de ce que néanmoins ils se sont fondés sur cet écrit *dénié et non vérifié*, pour déclarer le sieur Roucolle *libéré*; tandis que la déclaration du 15 mai 1703, interprétative de l'édit de 1684, en même temps qu'elle dispensait les juridictions *consulaires* de la nécessité d'un aveu ou d'une vérification préalable de signature privée, leur avait *enjoint* de s'arrêter à l'instant où cette signature serait *déniée*, et *de renvoyer* alors les parties *devant les juges ordinaires*, pour y *procéder à la vérification et reconnaissance de cette signature*, en la manière portée par l'édit de 1684.

» Pour troisième moyen, uniquement relatif à la condamnation au paiement du Timbre de la quittance, et de l'amende encourue à défaut de l'avoir écrite sur papier timbré, le sieur Bonnecarrère a invoqué l'art. 26 de la loi sur le Timbre, en date du 13 brumaire an 7, comme étant applicable, exclusivement, à l'auteur de l'écriture et de la signature de l'acte sous seing-privé, ou à la personne qui en a fait usage. Il a fait remarquer, en point de fait, que la quittance avait été *produite* par le sieur *Roucolle*, et qu'elle était produite comme étant de la main d'une *demoiselle* Bonnecarrère.

» Le sieur Roucolle faisant défaut, la cour de cassation a prononcé, le 17 février 1807, l'arrêt dont voici le texte;

» Ouï le rapport de M. Bailly.....;

» Considérant que le jugement attaqué a basé son dispositif relatif au fond, notamment sur ce que, *quand bien même Roucolle ne rapporterait pas de quittance, le tribunal était assez fixé, d'après toutes les présomptions qui se réunissaient contre Bonnecarrère, pour conclure que sa sœur avait réellement reçu le montant de la traite*; et encore, sur ce *qu'il était de fait et convenu par lui, que cette demoiselle faisait ses affaires*: ce qui rend sans conséquence les deux premiers moyens de cassation;

» Mais, en ce qui touche le troisième,

» Vu l'art. 26 de la loi du 13 brumaire an 7, sur le Timbre, qui porte : *Il est prononcé, par la présente, une amende..... de trente francs pour chaque acte ou écrit sous signature privée, fait sur papier non timbré....., en outre des droits de Timbre*;

» Considérant que le sieur Bonnecarrère n'ayant *ni écrit ni produit* la quittance qui a donné lieu à l'amende prononcée par cet article, il n'a pas dû être condamné à cette

amende, ni au paiement du droit de Timbre de cette quittance ; et qu'en prononçant contre lui une telle condamnation, les juges ont violé et faussement appliqué ce même article ;

» La cour casse et annulle, *quant à cette condamnation seulement*, le jugement du tribunal de commerce de Toulouse, du 21 ventôse an 13... ».

VII. L'administration de l'enregistrement peut-elle poursuivre, comme réfractaire à la loi du Timbre, le créancier qui a signé une quittance sur papier libre ; ou n'a-t-elle action que contre le débiteur à qui cette quittance a été délivrée ?

Le 24 germinal an 8, les sieurs Lacour et Bret délivrent à la dame Lambert une quittance sous seing-privé sur papier libre. Quelque tems après, la dame Lambert meurt ; sa succession tombe en déshérence, et la régie de l'enregistrement trouvant sous ses scellés la quittance du 24 germinal an 8, décerne contre les sieurs Lacour et Brest une contrainte en paiement de l'amende portée par l'art. 26, n° 3, de la loi du 13 brumaire an 7. Les sieurs Lacour et Bret forment opposition à cette contrainte, et l'affaire est portée devant le tribunal de première instance de Lyon.

Par jugement du 21 germinal an 9, ce tribunal décharge les sieurs Lacour et Bret,

« Attendu 1° que la quittance dont il s'agit, paraît n'être qu'une simple note ou mémoire pour à-compte reçu sur une forte somme, qui laisse à présumer qu'il devait exister une autre quittance légale de la somme totale sur laquelle l'à-compte a été reçu ;

» 2° Qu'à supposer que la quittance, pour être faite sur papier libre, renfermât une contravention à la loi, la peine de l'amende qui en résulterait, ne pourrait, dans tous les cas, frapper que contre le porteur qui l'opposerait en justice, comme un titre de libération ; et que, dans l'espèce, l'action de la régie réfléchirait contre elle-même, comme représentant la nation qui, étant aux droits du porteur de la quittance, pouvait seule en exciper pour preuve de sa libération ».

La régie se pourvoit en cassation, et oppose,

Au premier motif, que les quittances d'à-compte sont assujéties au Timbre, comme les quittances finales ;

Au second, que la loi n'assujétit pas seulement au Timbre tous les actes qui doivent être produits en justice ; qu'elle y assujétit également tous ceux qui peuvent l'être ; qu'elle prononce une amende de 30 francs pour chaque acte ou écrit sous seing-privé fait sur papier libre, et non dispensé du Timbre ; que la contravention n'est pas commise par celui qui reçoit cet écrit, mais par celui qui le signe ;

Enfin, que l'opinion du tribunal de Lyon aurait à peine pu se soutenir sous la loi du 10-17 juin 1791, qui mettait le Timbre des quittances entre particuliers à la charge de ceux à qui elles étaient données ; mais qu'elle est absolument insoutenable sous la loi du 13 brumaire an 7, qui ne renouvelle pas cette disposition, et même abroge toutes les lois antérieures sur le Timbre.

Le 11 fructidor an 9, arrêt, au rapport de M. Brillatde Savarin, par lequel,

« Considérant que la quittance dont s'agit au procès, ne pouvant être produite en justice que par la veuve Lambert à qui elle servait de décharge, c'est sur elle que tombait l'obligation de l'avoir en papier timbré ;

» Qu'ainsi, même en supposant que les circonstances qui ont fait parvenir cette quittance à la régie, permissent de demander l'amende, l'obligation de la payer retomberait sur la regie elle-même, comme représentant la veuve Lambert

» Le tribunal rejette... ».

L'administration de l'enregistrement a réclamé, en 1808, contre cet arrêt, non pas dans la vue de le faire reformer, mais à l'effet d'obtenir du gouvernement une décision, qui, pour l'avenir, établit une règle contraire.

Consulté par le ministre de la justice, sur cette réclamation, j'y ai fait, le 28 juillet de la même année, une réponse ainsi conçue :

« Il n'y a nul doute que les actes sous seing-privé de la classe de ceux qui sont énumérés dans l'art. 12 de la loi du 13 brumaire an 7, ne soient, lorsqu'ils ont été rédigés sur papier libre, assujétis à l'amende de 30 francs, quoiqu'ils n'aient été, ni produits en justice, ni présentés aux préposés de l'enregistrement. La cour de cassation l'a ainsi jugé par quatre arrêts du 13 messidor an 9, 2 brumaire et 21 germinal an 10, non pas, à la vérité, pour des actes expressément compris dans l'art. 12 de la loi du 13 brumaire an 7 (1), mais, ce qui revient au même, pour des lettres de voitures que l'art. 12 de la loi du 6 prairial an 7 a ajoutées à la série de ces actes, et leur a entièrement assimilées.

» Mais, lorsqu'il s'agit d'une quittance sous seing-privé, le créancier qui l'a délivrée sur

(1) Elle l'a jugé depuis pour les mêmes actes. *V.* ci-après n° 11.

papier libre, est-il sujet à l'amende, comme le débiteur qui l'a reçue ?

» L'arrêt de la cour de cassation, contre lequel réclame l'administration de l'enregistrement, a jugé que non; et je crois qu'il a très-bien jugé.

» D'abord, l'administration convient que la question aurait souffert quelques difficultés sous l'empire de la loi du 10-17 juin 1791, dont l'art. 9 portait : *Le Timbre des quittances qui seront données* par des particuliers à des particuliers, *sera à la charge de ceux à qui les quittances seront délivrées.*

» Mais elle prétend que ces difficultés n'existent plus depuis que la loi du 13 brumaire an 7 a abrogé toutes les lois antérieures sur les Timbres, sans renouveler la disposition de l'art. 9 de celle du 10-17 juin 1791.

» J'avoue que la disposition de l'art. 9 de la loi du 10-17 juin 1791 n'est pas renouvelée expressément par la loi du 13 brumaire an 7; mais il me paraît qu'elle l'est implicitement.

» Pourquoi, en effet, l'art. 29 de la loi du 13 brumaire an 7 dit-il (ce que faisait déjà entendre très-clairement l'art. 9 de la loi du 10-17 juin 1791, que *le Timbre des quittances fournies à la république..., est à la charge des particuliers qui les donnent?* C'est évidemment parce qu'il suppose qu'il en est autrement du Timbre des quittances de particuliers à particuliers; c'est évidemment pour maintenir en faveur de la république, l'exception à la règle générale qui met le Timbre des quittances à la charge des débiteurs qui les reçoivent. Il maintient donc cette règle générale, par cela seul qu'il en maintient l'exception. Il n'abroge donc pas réellement l'art. 9 de la loi du 10-17 juin 1791.

» Eh ! Comment pourrait-il abroger une disposition qui est aussi conforme aux premiers principes, une disposition qui se serait suppléée d'elle-même dans la loi du 10-17 juin 1791, si elle n'y eût pas été insérée, une disposition qui n'est que l'écho de la maxime de tous les tems et de tous les pays, que le Code civil n'a fait que renouveler, lorsqu'il a dit, art. 1248, que *les frais du paiement sont à la charge du débiteur* ?

» Les mêmes difficultés que l'administration de l'enregistrement reconnaît avoir existé sur la question, pendant le règne de la loi du 10-17 juin 1791, subsistent donc encore sous la loi du 13 brumaire an 7.

» Mais, ce que l'administration de l'enregistrement appelle des *difficultés*, je les appelle, moi, des raisons décisives en faveur du parti adopté par l'arrêt du 11 fructidor an 9.

» En effet, qu'a-t-on à reprocher au créancier qui donne à son débiteur une quittance sur papier libre ?

» On ne peut certainement pas lui reprocher de frauder le droit du Timbre, puisque ce n'est pas lui qui doit personnellement ce droit.

» Et s'il ne fraude pas le droit du Timbre, à quel titre le ferait-on condamner à une amende qui n'est et ne peut jamais être que la peine d'une fraude ?

» Dira-t-on que du moins il aide le débiteur à frauder le droit ?

» Pour qu'on pût lui faire un pareil reproche, il faudrait qu'il eût la faculté, lorsque son débiteur le paie, de lui refuser une quittance sur papier libre. Car, s'il n'a pas cette faculté, bien évidemment il ne peut pas être accusé de co-opération à la fraude que commet le débiteur.

» Or, cette faculté, il ne l'a certainement pas. Du moment qu'on le paie, il est tenu de donner une quittance; et comme il n'est pas obligé d'avancer les frais, ni par conséquent le droit de Timbre de cette quittance, il est clair qu'il ne peut se dispenser de donner cette quittance sur papier libre, lorsque le débiteur ne lui fournit pas une feuille de papier timbré sur laquelle il puisse l'écrire.

» Quelle serait donc, dans le système de l'administration de l'enregistrement, la condition d'un créancier à qui, dans son domicile éloigné des bureaux de Timbre, son débiteur apporterait et offrirait de compter la somme qu'il lui doit, sans s'être muni d'une feuille de papier timbré ? Il faudrait donc, ou qu'il refusât de recevoir un argent qui peut lui être d'une nécessité urgente, ou qu'il s'exposât, en donnant une quittance sur papier libre, à une amende et aux poursuites fâcheuses qu'une amende occasionne toujours !

» Je ne crois pas que telle soit l'intention de la loi; et je ne puis qu'applaudir à un arrêt qui a jugé que la loi n'a point cette intention ».

Je lis, dans le *Journal de l'enregistrement*, page 198, que, d'après ces observations, le ministre des finances a fait connaître à l'administration de l'enregistrement, par une lettre du 24 septembre 1808, que son opinion et celle du grand-juge ministre de la justice étaient conformes à l'arrêt du 11 fructidor an 9.

VII *bis*. Celui qui, pour sa libération, produit une quittance non timbrée, peut-il être déchargé de l'amende, sous le prétexte que ce n'est pas lui qui l'a écrite et signée, et que la régie n'a d'action que contre le créancier qui

a écrit et signé la quittance sur papier timbré?

Cette question n'en est plus une, d'après ce qui est dit au numéro précédent: et la négative résulte nécessairement du principe établi dans ce numéro, qu'en fait de quittances non timbrées, la régie n'a d'action que contre les débiteurs.

Voici néanmoins une espèce dans laquelle un tribunal d'arrondissement s'est permis de juger le contraire.

Le 27 janvier 1808, Antoine Raties, dit Poulet, présente à l'enregistrement, au bureau de Rabastens, une quittance sur papier libre, de 53 francs, souscrite à son profit par le sieur Bertrand, sous la date du 11 septembre 1791. Le receveur exige une amende de 30 francs; refus. En conséquence, procès-verbal et assignation devant le tribunal civil de Gaillac.

Le 16 février suivant, jugement qui décharge Antoine Raties des poursuites de la régie, « attendu que l'art. 14 de la loi de février » 1791 ne prononce l'amende que contre celui » qui, dans les actes qu'il écrit et signe, ne se » sert pas de papier timbré ».

Mais la régie se pourvoit en cassation, et, par arrêt du 28 août 1809, au rapport de M. Gandon,

« Vu l'art. 4 de la loi des 7 et 18 février 1791, portant: *seront écrites sur papier timbré* (n° 4), *les expéditions...*, etc., *ainsi que les autres actes et pièces formant titre à l'avantage ou à la décharge de quelques particuliers*;

» Considérant qu'il a toujours été de principe que les frais de la quittance sont à la charge de celui qui l'exige;

» Que la quittance est un titre exclusivement à l'avantage et à la décharge de celui qui paie;

» Que lui seul peut s'en servir, et qu'ainsi, à tous égards, quand il s'en sert, c'est à lui qu'il incombe particulièrement de fournir le papier timbré nécessaire pour écrire la quittance, ou de payer l'amende encourue;

» D'où il suit que le tribunal de Gaillac a faussement appliqué l'art. 14, et contrevenu à l'art. 4 de la loi de février 1791;

» Par ces motifs, la cour casse et annulle.....».

VIII. Les consultations d'avocats, non produites en justice, sont-elles sujettes au Timbre?

M. Pagès, avocat à la cour d'appel de Riom, a été poursuivi par l'administration de l'enregistrement, pour avoir signé et délivré, sur papier libre, une consultation qui avait été trouvée sous le scellé de la personne à qui il l'avait remise.

Il s'est défendu, et a particulièrement insisté sur la circonstance que la consultation dont il s'agissait, était défavorable au consultant, et que, par suite, elle n'avait jamais pu être produite en justice.

Le 1er mai 1806, jugement du tribunal civil de Riom, qui décharge M. Pagès des poursuites de l'administration,

« Attendu qu'il est vrai que, dans le cas où les consultations sont exigées par la loi, tels qu'en matière de requête civile, de vente de biens des mineurs, d'homologation, de délibérations de communes, comme elles forment des pièces légales, elles ne peuvent être présentées en justice que sur papier timbré; mais qu'à l'exception de ces cas, les consultations d'avocats sont, non des pièces judiciaires, mais des actes confidentiels, le plus bel appanage d'une profession libre et libérale, fruit d'un honorable travail.....; que ces écrits ne sont, par leur nature, que des papiers privés et domestiques, exempts des inspections et des visites de la régie;

» Attendu qu'il est évident que l'art. 12 de la loi, en classant comme soumis au Timbre, les consultations et mémoires d'avocats, n'a entendu parler que des cas où ils seraient produits ou signifiés, ou qu'on s'en ferait un titre pour demander ou pour se défendre; que cette intention de la loi résulte manifestement, soit du commencement de l'art. 1er, soit du commencement ainsi que des derniers mots de l'art. 12 et de l'art. 30 en son entier;

» Attendu que, soumettre au Timbre les écrits confidentiels, les lettres missives, les témoignages d'amitié et de bienveillance qui forment les liens les plus doux de la société, ce serait métamorphoser la sage et utile institution du Timbre dans une exaction monstrueuse;

» En ce qui touche la demande contre M. Pagès personnellement,

» Attendu que l'art. 29 de la loi du 22 frimaire an 7, celui là seul qui veut se servir du titre ou de la pièce, doit faire les frais d'enregistrement; qu'il faut dire la même chose relativement au Timbre; qu'ainsi, la contravention pour le droit de Timbre ne pourrait être reprochée qu'à celui qui a été nanti de la consultation, celui-là seul étant présumé vouloir s'en servir;

» Attendu que l'avocat qui a délivré la consultation à une partie, n'en est plus propriétaire; que cet écrit est devenu la chose de la partie qui en est pourvue; qu'elle seule doit

veiller à l'observation de la loi, avant de faire usage de la consultation ».

L'administration s'est pourvue en cassation contre ce jugement, et sa requête a été admise par arrêt du 20 janvier 1807.

Mais l'affaire portée à la section civile et discutée contradictoirement, arrêt y est intervenu, le 14 juin 1808, au rapport de M. Schwendt, par lequel, après un long délibéré, « Considérant que la consultation dont » il s'agit au procès, n'est qu'un écrit confi» dentiel qui n'a jamais été produit en justice; » la cour rejette le pourvoi.... ».

En rapprochant cet arrêt du jugement sur la demande en cassation duquel il a prononcé, on voit qu'il n'en a pas, à beaucoup près, adopté les motifs; et c'est avec beaucoup de raison, que, par là, il les a tacitement improuvés.

D'abord, en effet, comment accorder avec l'art. 12 de la loi du 13 brumaire an 7, l'assertion du tribunal civil de Riom, que les consultations d'avocats ne sont soumises au Timbre, qu'autant qu'on les produit en justice?

Par cet article, « sont assujétis au droit du » Timbre établi en raison de la dimension, » tous les papiers à employer pour les actes et » écritures, soit publics, soit privés, savoir les » actes des notaires...., ceux des huissiers...., » les actes et procès-verbaux des gardes....., » les actes et jugemens de la justice de paix...., » les actes des avoués ou défenseurs officieux » près les tribunaux, et les copies ou expé» ditions qui en sont faites ou signifiées; *les* » *consultations*, *mémoires*, *observations et* » *précis signés des hommes de loi et défen*» *seurs officieux*.....; les pétitions et mémoi» res, même en forme de lettres, présentés » aux ministres et à toutes autorités consti» tuées...; les actes entre particuliers sous sig» nature privée...; et généralement tous actes » et écritures, extraits, copies et expéditions, » soit publics, soit privés, *devant* ou *pou*» *vant* faire titre, ou *être produits pour obli*» *gation*, décharge, justification, *demande* » ou *réponse* ».

Il est impossible, à la lecture de cet article, de ne pas reconnaître qu'il soumet au Timbre les mémoires et les consultations d'avocats, alors même qu'on ne les produit pas en justice.

Ce n'est pas en termes conditionnels qu'il s'explique, c'est en termes absolus : on ne peut donc pas faire dépendre sa disposition d'une condition à laquelle il ne la subordonne pas; la condition, *si les mémoires et consultations sont produits en justice*, ne peut donc pas être ajoutée à sa disposition.

Eh! Comment voudrait-on sous-entendre cette condition dans la partie de l'art. 12 qui est relative aux mémoires et consultations d'avocats, tandis que, bien certainement, il est impossible de la sous-entendre dans les autres parties du même article qui concernent les divers actes ou écrits qu'il énumère? Tous les actes, tous les écrits dont il est parlé dans cet article, sont, par une disposition qui leur est commune à tous, qui les régit tous uniformément, *assujétis au droit du Timbre établi en raison de la dimension*. On ne peut donc pas, de cette disposition qui est pure et simple, qui est absolue pour les uns, faire une disposition hypothétique et conditionnelle pour les autres.

Aussi ne trouvons-nous pas les mémoires et consultations d'avocats, non produits en justice, dans la série des actes et écrits que l'art. 16 déclare *exceptés du droit et de la formalité du Timbre*.

Il est, à la vérité, suivant l'art. 30, des écrits qui, bien que non compris nommément dans les exceptions établies par l'art. 16, ne sont sujets au Timbre que lorsqu'ils sont produits en justice. Mais ces écrits, quels sont-ils? Ce sont, dit l'art. 30, lui-même, *ceux qui ont été faits sur papier non timbré, sans contravention aux lois du Timbre*. Ce sont par conséquent ceux-là, et ceux-là seuls, que l'art. 12 ne comprend pas dans l'énumération qu'il contient des actes et écrits que l'on ne peut écrire que sur papier timbré. On ne peut donc pas appliquer l'art. 30 aux actes et écrits énumérés dans l'art. 12; on ne peut donc pas l'appliquer aux mémoires et consultations d'avocats.

Enfin, ce qui doit faire disparaître le plus léger doute, c'est la différence qui existe, sur cette matière, entre la loi du 5 floréal an 5 et celle du 13 brumaire an 7. Par l'art. 2 de la première, les consultations d'avocats n'étaient soumises au Timbre, que lorsqu'elles étaient *produites en justice*. Par l'art. 12 de la seconde, elles y sont soumises indéfiniment; et l'art. 29 de celle-ci abroge toutes les dispositions de la première. Donc la disposition de l'art. 2 de la loi du 5 floréal an 5, qui limitait l'obligation de faire timbrer les consultations, au cas où il en serait fait usage en justice, est abrogée. Donc la disposition de l'art. 12 de la loi du 13 brumaire an 7, qui soumet purement et simplement les consultations au Timbre, doit être entendue dans toute la généralité que présentent, par elles-mêmes, ses expressions. Donc les consultations non produites en justice, sont assujéties au Timbre, ni plus ni moins que les consultations produites en justice.

D'un autre côté, où le tribunal civil de Riom

avait-il pris qu'il n'y a de contrevenans à la loi sur le Timbre, que ceux à qui sont remis, et qui gardent pardevers eux, des écrits ou actes mal à propos faits sur papier non timbré? Où a-t-il pris qu'en admettant la défense d'écrire les consultations sur papier non timbré, on ne peut pas punir, comme infracteurs de cette défense, les avocats qui l'enfreignent réellement? Il n'y a pas un seul mot dans la loi du 13 brumaire an 7, qui puisse justifier une pareille distinction. Cette loi veut que tous les contrevenans à ses dispositions, soient condamnés aux amendes qu'elle détermine; il suffit donc que l'on ait contrevenu à l'une de ses dispositions, pour que l'on soit passible de l'amende qui en forme la sanction; et bien certainement l'avocat qui écrit une consultation sur papier non timbré, contrevient à l'art. 12 de cette loi.

C'est donc, je le répète, avec beaucoup de raison que la cour de cassation a, par son arrêt du 14 juin 1808, improuvé, *formâ negandi*, les motifs de jugement du tribunal civil de Riom, du premier mai 1806.

Mais n'aurait-elle pas dû aller plus loin? N'aurait-elle pas dû casser ce jugement?

C'était l'avis de M. Lecoutour, qui portait la parole dans cette affaire. Mais l'opinion contraire a prévalu, et je dois convenir que, si elle n'est pas d'accord avec la lettre de la loi, elle paraît du moins rentrer dans son esprit.

Je l'ai déjà dit: la consultation qui, dans cette espèce, avait été écrite sur papier non Timbré, était défavorable à la partie qui l'avait demandée à M. Pagès. Pouvait-on, dès-lors, ne pas l'excepter de la disposition de l'art. 12 de la loi du 13 brumaire an 7, qui soumet au Timbre les mémoires et consultations d'avocats?

Sans doute, pour qu'une consultation soit sujette au Timbre, il n'est pas nécessaire qu'elle soit produite en justice. Mais il faut du moins qu'elle soit de nature à pouvoir y être produite.

Que l'on examine, en effet, l'un après l'autre tous les écrits et actes énumérés dans l'art. 12, on reconnaîtra que tous peuvent ou doivent être produits, soit devant les tribunaux, soit devant les autorités administratives; et comment ne pas en conclure que c'est parcequ'ils peuvent ou doivent être produits devant les uns ou les autres que la loi les assujétit au Timbre? Cette conclusion est d'autant moins hasardée, que l'art. 12 lui-même fait entendre assez clairement, dans le dernier paragraphe de son premier n°, que, pour déterminer l'assujétissement des actes à la formalité et au droit dont il s'agit, le législateur ne s'attache qu'à leur susceptibilité d'être produits devant les pouvoirs publics: *et généralement*, porte-t-il, *tous actes et écritures, extraits, copies et expéditions soit publics, soit privés*, DEVANT OU POUVANT *faire titre* OU ÊTRE PRODUITS *pour obligation, décharge, justification, demande ou réponse*.

Or, une consultation que donne un avocat au désavantage de la partie qui le consulte, peut-elle jamais être produite devant une autorité constituée? Non: car, qui est-ce qui l'y produirait? La partie dont elle condamne les prétentions? Elle s'en gardera bien; l'adversaire de cette partie? Il ne pourrait le faire que parcequ'il serait parvenu, par des manœuvres répréhensibles, à se procurer cette consulation; et il n'est pas besoin de remarquer qu'en ce cas, la production qu'il voudrait en faire, serait repoussée avec indignation.

Une pareille consultation est donc essentiellement un écrit confidentiel entre l'avocat et sa partie. Or, qu'y a-t-il de plus contraire à l'objet de la loi du 13 brumaire an 7, que l'idée d'assujétir au Timbre les écrits purement confidentiels? Que l'on parcoure cette loi; qu'on l'analyse dans toutes ses dispositions; et nulle part on n'apercevra rien qui se prête à une pareille idée.

L'arrêt du 14 juin 1808 a donc prononcé suivant le véritable esprit de cette loi, en confirmant le jugement par lequel avait été déclarée exempte du Timbre, une consultation qui, par cela seul qu'elle était contraire à la partie sur la demande de laquelle M. Pagès l'avait faite, portait évidemment le caractère d'écrit confidentiel, et, par là, se trouvait hors de la classe des écrits susceptibles de production en justice.

IX. Les exploits d'huissier faits sur papier timbré à l'extraordinaire, hors du cas indiqué ci-dessus, n° 3, sont-ils nuls?

Non: ils ne donnent lieu qu'à une amende contre l'huissier. C'est ce qu'a jugé un arrêt de la cour de cassation, du 23 messidor an 12, rapporté dans mon *Recueil de Questions de droit*, aux mots *Réparation d'injure*, §. 2.

X. 1° Les reconnaissances des dépôts faits entre les mains de particuliers, sont-elles sujettes au Timbre proportionnel?

2° Y sont-elles sujettes, lorsque, sous l'extérieur de reconnaissances de dépôts, elles forment de véritables reconnaissances de prêts d'argent?

Le 13 fructidor an 12, les frères Brunet, marchands à Billières, département de l'Ain, requièrent au bureau de Châtillon de Mi-

chaille, l'enregistrement de deux billets sous seing-privé, souscrits au profit de leur mère, sous les dates des 14 et 15 brumaire an 9, et qui sont ainsi conçus : « Je soussigné déclare » avoir en ma puissance, et tenir, à titre de dépôt, de la cit. Marie-Françoise » Egras, veuve de Charles Brunet, de Billiè» res, la somme de 3,000 livres tournois, » qu'elle m'a remise ce jourd'hui, audit titre, » en écus de six livres ; *que je lui rendrai en* » *même nature*, dans un an, date de ce jour ».

Le receveur observe que ces billets, rédigés sur une demi-feuille de papier Timbré de 25 centimes, auraient dû l'être, aux termes de l'art. 6 de la loi du 6 prairial an 7, sur papier du Timbre proportionnel; mais les frères Brunet refusant d'acquitter l'amende encourue, il dresse procès-verbal de la contravention, et leur fait signifier une contrainte, afin de paiement de la somme de 333 francs 30 centimes, tant pour amende du vingtième des sommes portées aux billets, que pour supplément des droits du Timbre.

Les frères Brunet forment opposition à cette contrainte, sur le fondement que l'art. 6 de la loi du 6 prairial an 7 ne peut s'appliquer qu'aux billets et obligations non négociables, et aux mandats à terme ou de place en place, et nullement aux reconnaissances de dépôt qui ne sont point désignées dans cet article. Ils ajoutent que la loi du 22 frimaire an 7, sur l'enregistrement, a bien compris dans les actes donnant ouverture au droit proportionnel, les *reconnaissances de dépôt;* et que, si l'intention du législateur eût été que ces reconnaissances fussent rédigées sur papier du Timbre proportionnel, il les aurait également rappelées dans la loi du 6 prairial suivant.

Le tribunal civil de l'arrondissement de Nantua accueille ces moyens de défense : par jugement du 13 frimaire an 13, il décharge les défendeurs de la demande formée contre eux, et condamne la régie aux dépens.

La régie se pourvoit en cassation : elle expose « que l'art. 6 de la loi du 6 prairial an 7 » ayant établi que les billets et obligations non » négociables, et les mandats à terme ou de » place en place, ne peuvent être faits que sur » du papier du Timbre proportionnel, il est » hors de doute que les reconnaissances sous» crites au profit de la veuve Brunet, conte» nant *une obligation expresse de payer* » *à un terme convenu*, des sommes détermi» nées, devaient être rédigées sur du papier » de cette espèce; qu'il ne s'agit pas d'exami» ner si ces billets ou obligations résultent » d'un prêt ou d'un simple dépôt; que le lé» gislateur n'a fait, à cet égard, aucune distinction; mais qu'en s'arrêtant aux dispositions » de l'article cité de la loi du 6 prairial an 7, » où se trouvent seulement désignés, *les billets* » *et obligations et les mandats à terme ou de* » *place en place*, on ne peut se refuser d'y voir » des dénominations génériques auxquelles se » rattachent nécessairement toutes les espè» ces d'obligations, tant civiles que com» merciales ».

Par arrêt du 21 prairial an 14, la section des requêtes admet le recours de l'administration.

Mais l'affaire portée à la section civile, arrêt y intervient, le 29 juillet 1806, qui, après un long délibéré, ordonne à l'audience du 15 du même mois, rejette ce recours,

« Attendu que l'art. 12 de la loi du 13 brumaire an 7 n'a pas été rapporté par la loi du 6 prairial suivant;

» Que l'art. 6 de cette dernière loi n'étend l'usage du Timbre proportionnel établi sur les billets à ordre, lettres de change, et tous autres effets négociables ou de commerce, qu'aux billets et obligations non négociables, et aux mandats à terme ou de place en place, expressions qui, comme celles de l'art. 12 de la loi de brumaire, ne désignent que des effets donnés dans le commerce, mais établissent, en même temps, qu'il doit être désormais indifférent que ces effets soient ou ne soient pas négociables;

» Attendu, en fait, qu'il s'agissait d'une reconnaissance de dépôt entre particuliers, et non d'un effet donné dans le commerce;

» D'où il résulte qu'en jugeant qu'elle n'était point sujette au droit du Timbre proportionnel, les juges se sont conformés à la loi ».

L'administration de l'enregistrement a sollicité du gouvernement une décision contraire à cet arrêt. Mais la question ayant été renvoyée au conseil d'état, il y a été rendu, le 29 mars 1808, un avis qui distingue entre les reconnaissances de dépôt pures et simples, et les reconnaissances de prêt déguisées sous les apparences de reconnaissances de dépôt. Cet avis, que le chef du gouvernement a revêtu de son approbation, le 1er avril suivant, est ainsi conçu :

« Le conseil d'état, qui, d'après le renvoi ordonné par sa majesté, a entendu le rapport de la section des finances sur celui du ministre de ce département, tendant à faire statuer sur la question de savoir si l'art. 6 de la loi du 6 prairial an 7, sur le Timbre, s'applique aux reconnaissances de dépôts faits entre les mains de particuliers, et dans quels cas ces reconnaissances sont sujettes au Timbre proportionnel;

» Vu les observations de l'administration de l'enregistrement et des domaines;

» Vu les art. 12 et 14 de la loi du 13 brumaire

an 7, sur le Timbre, et l'art. 6 de la loi du 6 prairial suivant;

» Considérant 1° que l'art. 14 de la loi du 13 brumaire an 7 ne déclare assujétis au droit de Timbre proportionnel, que les billets à ordre ou au porteur, les rescriptions, mandats, mandemens, ordonnances, et tous autres effets *négociables* ou de commerce;

» 2° Que l'art. 6 de la loi du 6 prairial suivant a étendu cette même disposition aux billets et obligations *non négociables* et aux mandats à terme ou de place en place;

» 3° Que les reconnaissances de dépôts ne sont point nominativement désignées dans ces deux lois; et que rien ne prouve que l'intention du législateur ait été de les comprendre indistinctement dans la dénomination générale de *billets et obligations non négociables*, insérée dans la loi du 6 prairial;

» 4° Que néanmoins toute reconnaissance de dépôt qui, soit par son énonciation, soit par toute autre circonstance, présenterait les caractères d'une obligation ordinaire, quoique qualifiée de dépôt, ne peut jouir de l'exception de la loi, puisqu'alors elle rentre dans la classe des obligations;

» Est d'avis que toute obligation déguisée sous le nom de reconnaissance de dépôt, entre toutes sortes de personnes, est assujétie au droit de Timbre proportionnel, comme les autres obligations désignées en l'art. 6 de la loi du 6 prairial an 7 ».

XI. Si les reconnaissances de prêt déguisées sous l'extérieur de reconnaissances de dépôt, sont assujéties au Timbre proportionel, il doit nécessairement en être de même, soit des reconnaissances expressément causées pour prêt, soit des simples obligations, ou billets portant obligation de payer certaines sommes; et c'est ce que la cour de cassation a jugé dans l'espèce suivante.

Une obligation de 201 francs 55 centimes, entre particuliers non commerçans, est présentée à l'enregistrement par Joseph Vanderbruggens. Le receveur observe qu'elle est écrite sur du papier timbré de la dimension de 25 centimes, tandis qu'elle aurait dû l'être sur du papier marqué d'un Timbre proportionnel. En conséquence, procès-verbal et assignation devant le tribunal civil de l'arrondissement d'Audenarde.

Ce tribunal décide que l'obligation dont il s'agit, n'est point assujétie au Timbre proportionnel, et déboute la régie de sa demande. La régie se pourvoit en cassation.

« Cette affaire (a dit M. l'avocat général Daniels, à l'audience de la section civile, le 23 janvier 1809) ne vous présente à juger qu'une seule question: celle de savoir quelles sont les obligations soumises au Timbre proportionel.

» L'art. 14 de la loi du 13 brumaire an 7 n'y assujétissait que *les billets à ordre ou au porteur, les rescriptions, mandats, mandemens, ordonnances et tous autres effets négociables ou de commerce.* Il fallait donc, sous l'empire de cette loi, le concours de deux circonstances, pour qu'une obligation fût soumise au Timbre proportionnel: il fallait qu'elle fût une obligation de commerce, et qu'elle fût négociable.

» Mais cette disposition a été changée peu de temps après: par addition à l'article cité, la loi du 6 prairial an 7 ordonne, art. 6, qu'à compter de sa publication, *les billets et obligations non négociables, et les mandats à terme ou de place en place, ne pourront être faits que sur du papier du Timbre proportionnel, comme il en est usé pour les billets à ordre, lettres de change et autres effets négociables, et sous la même peine.*

» Depuis cette époque, il n'y a plus de distinction à faire entre les effets de commerce négociables ou non négociables; mais que dirons-nous des obligations entre particuliers non commerçans?

» Le texte et l'ensemble de la loi paraît annoncer que l'intention du législateur n'était pas d'assujétir ces sortes d'obligations au droit du Timbre proportionnel. Dans la supposition contraire, n'aurait-il pas dit tout court: *Toutes obligations, négociables ou non, même entre particuliers non commerçans;* tandis que l'art. 6 ne parle que des *billets*, et des *mandats à terme* ou *de place en place*, et ne suppose par conséquent que des obligations *entre commerçans*? En effet, pourquoi aurait-on encore ajouté ces mots: *mandats à terme ou de place en place*, si, par ceux qui précèdent, *billets et obligations non négociables*, on avait entendu toutes sortes d'obligations, même entre non commerçans? Certes, il était inutile de parler encore d'un mandat à terme, ou de place en place, si, par les mots qui précèdent, *toute* obligation entre particuliers était soumise au droit de Timbre proportionnel.

» Une autre considération, peut-être plus frappante encore, vient à l'appui de cette interprétation.

» On sait que les effets de commerce, négociables ou non, les billets, mandats et rescriptions, ont tous indistinctement leur forme particulière qui permet de les comprendre dans un petit cadre, tandis que les obligations entre particuliers non commerçans, sont susceptibles d'une infinité de conventions accessoires, de clauses et conditions qui demandent un grand développement; personne ne prétendra qu'on les écrive indistinctement, à

l'exemple d'une lettre de change, sur la *moitié de la demi-feuille du petit papier coupé en long*. Cependant, après comme avant la loi du 6 prairial an 7, les papiers destinés à recevoir le Timbre proportionnel, ne contiennent que la moitié d'une demi-feuille; et telle est en effet la dimension que le législateur a voulu qu'on leur donnât. L'art. 5 de la loi du 13 brumaire an 7 est précis sur ce point.

» Dira-t-on que les parties contractantes seront tenues d'employer *plusieurs feuilles* et de les attacher les unes aux autres? Mais, de cette manière, l'impôt pèsera plus sur les particuliers non commerçans, que sur les négocians pour lesquels il était originairement établi; pour un billet à ordre, par exemple, on ne paiera que 10 francs; mais il en faudrait peut-être 50 pour payer le papier nécessaire, quand il s'agit d'une obligation entre particuliers.

» Ce n'est pas tout: s'il n'y a plus de distinction à faire entre les effets de commerce et les obligations entre particuliers non commerçans, nous nous trouverons dans une nouvelle incertitude sur la question de savoir quelles sont les obligations entre particuliers, que le législateur a voulu assujétir au Timbre proportionnel? L'art. 6 de la loi de prairial an 7 comprendra-t-il indistinctement tous les actes portant obligations, ou seulement les obligations causées pour prêt d'argent? Le contrat de vente, de constitution de rente perpétuelle ou viagère, les contrats de bail, de société et autres, seront-ils ou non soumis au droit proportionnel du Timbre?

» Ceux qui prétendront aujourd'hui qu'on doit les écrire sur du papier portant le Timbre proportionnel, se trouveront au moins dans la nécessité de dire que personne n'a saisi *jusqu'à présent* le sens de la loi; en effet, il serait difficile de produire des contrats de vente, des baux, des contrats de constitution de rentes ou autres conventions, écrits sur des feuilles détachées portant le Timbre proportionnel que le législateur avait uniquement destiné pour les effets de commerce.

» Ceux qui admettront au contraire qu'il est permis d'écrire un contrat de vente, une constitution de rente, etc., sur du papier portant le Timbre de dimension, se trouveront dans la nécessité de dire, avec le tribunal de l'arrondissement d'Audenarde, que les mots *obligations non négociables*, qui se trouvent dans l'art. 6 de la loi de prairial, ne comprennent pas *tous* les actes portant obligation: et quel sera alors le motif de l'appliquer aux unes plutôt qu'aux autres?

» Et que dirons-nous enfin des actes passés devant *notaires*? Seront-ils ou non soumis au droit du Timbre proportionnel?

» La loi du 13 brumaire an 7 n'admet, sous ce rapport, aucune différence entre les actes notariés et les actes sous signature privée; l'art. 12 les assujétit indistinctement au droit du Timbre établi en raison de la dimension; et l'art. 6 de la loi du 6 prairial suivant, ne distingue pas non plus entre les actes notariés et les actes sous signature privée.

» Si donc cet article renferme, non-seulement les effets de commerce, mais encore les obligations entre particuliers non commerçans, qu'on est dans l'usage de passer, soit devant notaires, soit sous signature privée, il n'y aura plus de notaire en France, qui, depuis l'an 7, n'ait encouru plusieurs amendes pour contravention à l'article cité, et peut-être même au delà de sa fortune.

» Voilà, messieurs, un aperçu des difficultés que présente l'art. 6 de la loi du 6 prairial an 7. La régie les aborda franchement, en 1806, lorsqu'elle demanda la cassation d'un jugement rendu au profit des frères Brunet, par le tribunal de l'arrondissement de Nantua.....».

Ici, M. Daniels rend compte de l'arrêt du 29 juillet 1806, et de l'avis du conseil d'état, du 29 mars 1808, rapportés au numéro précédent; puis il continue en ces termes:

« Le conseil d'état, comme vous le voyez, ne s'explique pas en termes formels sur la distinction à faire entre les actes notariés et les actes sous signature privée; mais il n'adopte pas non plus l'opinion de la régie, suivant laquelle toute obligation sous signature privée, quels qu'en soient l'objet et la cause, serait assujétie au droit de Timbre proportionnel: il distingue au contraire entre les obligations qu'il désigne sous le nom d'*obligations ordinaires*, et les simples reconnaissances de dépôt.

» Les actes qui rentrent dans la classe des obligations ordinaires, lui paraissent assujétis au Timbre proportionnel entre toutes personnes; et cet avis ayant été approuvé par S. M., il est clair que les tribunaux sont tenus d'en exécuter les dispositions.

» Et quelles sont les obligations que le conseil d'état désigne par les mots, *obligations ordinaires*? Peut-être cette question ne serait-elle pas sans difficulté, si nous étions obligés de la résoudre dans toute son étendue. Mais il est certain que l'obligation résultant d'un emprunt et consentie par acte sous signature privée, est au moins une de ces *obligations ordinaires*; qu'elle doit être écrite sur papier portant le Timbre proportionnel; et qu'il im-

porte peu de savoir si elle a été consentie entre des négocians ou d'autres particuliers.

» Cette seule réflexion suffit pour justifier, dans notre espèce, la demande de la régie. Nous concluons en conséquence à la cassation du jugement attaqué ».

Le 23 janvier 1809, arrêt, au rapport de M. Borel, qui déclare qu'il y a partage.

En conséquence, cinq magistrats des deux autres sections ont été appelés pour vider le partage, conformément à la loi du 27 ventôse an 8; et le 1er mai suivant, arrêt par lequel,

« Vu les art. 2 et 14 de la loi du 13 brumaire an 7, l'art. 6 de la loi du 6 prairial an 7, et le décret du 1er avril 1808, portant : *Le conseil d'état...., considérant.... 4° que..... toute reconnaissance de dépôt qui, soit par son énonciation, soit par toute autre circonstance, présenterait les caractères d'une obligation ordinaire, quoique qualifiée de dépôt, ne peut jouir de l'exception de la loi, puisqu'elle rentre alors dans la classe des obligations; est d'avis que toute obligation déguisée sous le nom de reconnaissance de dépôt, entre toutes sortes de personnes, est assujétie au droit de Timbre proportionnel, comme les autres obligations désignées en l'art. 6 de la loi du 6 prairial an 7;*

» Attendu que tout acte sous seing-privé, qui présente les caractères d'obligation ordinaire, est assujéti au droit du Timbre proportionnel, d'après le sens déterminé par le décret du 1er avril 1808 sus-énoncé;

» Attendu que le billet dont il s'agissait dans l'instance contre Vanderbruggen, contient une reconnaissance de prêt sous seing-privé, qui rentre dans la classe des obligations ordinaires; et que ce billet a été affranchi du Timbre proportionnel, en contravention aux lois susdatées;

» La cour, vidant le partage déclaré par son arrêt du 23 janvier dernier, casse et annulle...».

Voici une autre espèce dans laquelle la cour de cassation a encore jugé de même (nous la puisons dans le *Bulletin civil*):

« Les sieurs Lacote et Bon, banquiers à Périgueux, ont fait faillite; les syndics ont procédé à la vérification du passif de cette faillite; pour cela, les porteurs de créances ont dû faire régulariser leurs titres avant de les soumettre à cette vérification.

» Le sieur Garnier de la Boissière a, par cette raison, présenté au *visa pour Timbre* onze actes sur papier libre: ces pièces ont été formalisées moyennant les droits et amendes du Timbre de dimension.

» La régie de l'enregistrement a cru que le sieur Garnier devait l'amende du vingtième des sommes portées en ces actes, attendu qu'ils devaient être timbrés du Timbre proportionnel, comme contenant de véritables obligations: en conséquence, elle lui a fait signifier une contrainte aux fins du paiement d'une somme de 3.410 francs pour supplément des droits de Timbre.

» La cause portée devant le tribunal de Périgueux, il a décidé que ces onze actes n'étaient susceptibles que du droit et amende du Timbre de dimension, ne devant être assimilés qu'à des *reçus* qui ne sont assujétis qu'à ce droit et amende, d'après le dernier paragraphe du n° 1er de l'art. 12 de la loi du 13 brumaire an 7.

» Contravention à l'art. 6 de la loi du 6 prairial an 7, en ce que ces onze actes sont de véritables obligations qui les soumettent aux droits et amendes du Timbre proportionnel, et fausse application du dernier paragraphe de l'art. 12 de la loi du 13 brumaire an 7.

» L'arrêt (du 24 mars 1813) portant cassation, est ainsi conçu :

» Ouï le rapport de M. Dutrocq.....;

» Vu l'art. 6 de la loi du 6 prairial an 7;

» Et attendu que les onze pièces dont est question, sont de véritables obligations faites au profit du sieur Garnier de la Boissière; que, dès-lors, elles sont sujettes au droit de Timbre proportionnel, aux termes de l'art. 6 de la loi du 6 prairial an 7; qu'ainsi, le tribunal de première instance de Périgueux, en jugeant que ces pièces ne devaient être assimilées qu'à des reçus qui ne sont sujets qu'au droit de Timbre de dimension, d'après le dernier paragraphe du n° 1er de l'art. 12 de la loi du 13 brumaire an 7, a formellement contrevenu audit art. 6 de la loi du 6 prairial an 7, ci-dessus cité, et a fait une fausse application du dernier paragraphe du n° 1er de l'art. 12 de la loi du 13 brumaire an 7;

» La cour casse et annulle...».

XI°. Il est dit plus haut, n° 7, que les actes qui, devant être écrits sur papier timbré, l'ont été sur papier libre, sont assujétis à l'amende, quoiqu'ils ne soient ni présentés à l'enregistrement ni produits en justice; et c'est ce que la cour de cassation a jugé formellement dans l'espèce suivante.

En 1809, le sieur Flamand est trouvé mort à la porte d'une auberge de la ville de Mâcon. Le commissaire de police dresse procès-verbal de l'état du cadavre, et y décrit notamment quatre billets de commerce que renferme son porte-feuille. Ces billets et le porte-feuille

qui les contient, sont déposés au greffe du tribunal de première instance. Pendant que le ministère public informe sur la cause de la mort du sieur Flamand, le vérificateur de l'enregistrement prend communication des quatre billets et reconnait qu'ils sont écrits et signés par le sieur Rambeau, négociant à Lyon. En conséquence, une contrainte est décernée contre le sieur Rambeau, pour le paiement de l'amende du vingtieme de la valeur des billets, conformément à l'art. 14 et au nº 6 de l'art. 26 de la loi du 13 brumaire an 7.

Le 11 janvier 1810, jugement du tribunal civil de Mâcon, qui décharge le sieur Rambeau,

« Attendu que la peine de l'amende n'est pas encourue par le seul fait de la confection des billets sur papier libre;

» Que la loi paraît désirer que la peine ne soit appliquée que dans le cas où les billets donnent lieu à un protêt ou à une action judiciaire; ce qui ne se présente pas dans l'espèce ».

Recours en cassation contre ce jugement de la part de la régie; et le 1er juillet 1811, arrêt, au rapport de M. de Lacoste, par lequel,

» Vu l'art. 14 et le nº 6 de l'art. 26 de la loi du 13 brumaire an 7;

» Attendu que ces articles sont conçus en termes généraux;

» Que leurs dispositions prononcent la peine de l'amende contre toutes contraventions en matière de Timbre;

» Que les juges du tribunal civil de Mâcon n'ont pas pu tirer des circonstances, quelque favorables qu'elles pussent être, une exception que la loi ne crée pas;

» Qu'en fait, le vérificateur n'a employé aucun moyen insidieux et désavoué par la loi, pour se procurer la connaissance du dépôt et la description des billets non munis de la formalité du Timbre;

» Qu'il résulte de là que les juges de ce tribunal, en renvoyant le défendeur des fins de la contrainte, sur le motif pris de ce que les billets n'ont été ni protestés ni présentés en justice, ont violé les articles cités;

» Par ces motifs, la cour casse et annulle...».

XI³. Celui qui a écrit et signé un billet de commerce ou toute autre obligation sur papier libre, peut-il, lorsque sa contravention est constatée, offrir la moitié de l'amende, et renvoyer la régie à se pourvoir, pour l'autre moitié, contre la personne au profit de laquelle a été souscrit le billet?

Le tribunal civil de Marmande avait jugé pour l'affirmative, le 5 janvier 1809, en faveur du sieur Moutard, « attendu, (avait-il dit) que » cela résulte du rapprochement de la loi du » 6 prairial an 7, de celle du 13 brumaire de » la même année, et de cette manière de s'exprimer de la première de ces lois, *l'amende* » *sera payée par* LES CONTREVENANS ».

Mais par arrêt du 8 octobre 1810, au rapport de M. de Lacoste,

« Vu l'art. 26 du tit. 4 de la loi du 13 brumaire an 7;

» Considérant 1º que l'amende prononcée par cet article, est indivisible;

» 2º Que l'expression générique de *contrevenans*, loin d'indiquer la faculté de la diviser par moitié entre celui qui fournit le billet et celui qui le reçoit, comprend, dans ce seul mot, tous ceux qui ne feraient pas ce qui est prescrit par les six divisions de cet art. 26;

» Que, pour diviser ainsi la peine entre les deux contrevenans, il faudrait que la loi eût exprimé clairement cette intention: ce qui ne se trouve, ni dans la loi du 13 brumaire, ni dans celle du 6 prairial;

» Que le tribunal de Marmande, en divisant une poursuite en condamnation d'amende, que la loi n'a point divisée, a mal interprété l'art. 26 de la loi citée;

» Par ces motifs, la cour casse et annulle....».

XII. Est-il au pouvoir des tribunaux de décharger les contrevenans à la loi du Timbre, sous le prétexte qu'ils ont, volontairement et avant toute poursuite de la régie, présenté pour être timbrés, les actes ou registres qu'ils avaient pris sur eux d'écrire sur papier libre?

La négative est évidente; et elle a été consacrée par un arrêt de la cour de cassation du 2 novembre 1808, que le *Bulletin civil* nous retrace en ces termes:

« L'administration de l'enregistrement demandait le paiement du droit de Timbre et de l'amende dus à raison d'un registre, ou livre de commerce, du sieur Loris, propriétaire de la verrerie d'Holstren, qui était écrit sur papier non timbré, et dans lequel se trouvaient inscrits les ventes, débets et factures relatifs à la manutention et à l'administration de cette fabrique.

» Ce registre avait été présenté au bureau de l'enregistrement, pour en faire viser pour Timbre une feuille.

» La contravention étoit prouvée par un procès-verbal dressé par l'inspecteur de l'enregistrement, et par l'exhibition du registre.

» Le tribunal de Dickirk avait débouté la régie de ses demandes, et l'avait condamnée aux dépens.

» Contravention à l'art. 12, no 2, de la loi du 13 brumaire an 7, qui a motivé l'arrêt de cassation dont la teneur suit :

» Sur quoi, ouï le rapport fait par M. Audier-Massillon, l'un des juges..... ;

» Vu l'art. 12 de la loi du 13 brumaire an 7 ;

» Attendu que le registre de commerce de ... la verrerie dont il s'agit, était du nombre de ceux qui sont assujétis au droit de Timbre, par l'art. 12 de la loi du 13 brumaire an 7, ci-dessus cité ;

» Que, d'après la disposition de cet article et de l'art. 7 de la même loi, on était tenu de se servir, pour ce registre, de papier de la régie, ou de le faire timbrer avant que d'en faire usage ;

» Qu'il résulte du procès-verbal du 19 brumaire an 13, et de la production du registre, qu'il a été tenu sur papier non timbré, et qu'il était entièrement écrit, lorsqu'il a été présenté au bureau de la régie ;

» D'où il suit qu'en rejetant la demande de l'administration en paiement du droit de Timbre de ce registre et de l'amende encourue pour la contravention, le jugement attaqué a contrevenu à la loi ci-dessus rapportée ;

» Par ces motifs, la cour casse et annulle...».

XIII. Par qui doivent être constatées les contraventions au droit de Timbre?

On a vu à l'article *Procès-verbal*, §. 5, qu'elles doivent l'être par les préposés de la régie de l'enregistrement.

Il y a cependant une exception à cette règle. Voici dans quels termes elle est établie par le décret du 16 messidor an 13 :

« Art. 1. Les préposés des douanes et les préposés à la perception des droits d'octroi, sont tenus de se faire représenter les lettres de voitures, connaissemens, charte-parties et polices d'assurance des marchandises et autres objets dont le transport se fait par terre ou par eau, et de vérifier si ces actes sont écrits sur papier d'un franc, ainsi qu'il est prescrit par l'art. 5 de la loi du 6 prairial an 7.

» 2. En cas de contravention, ils en rédigeront des procès-verbaux, pour faire condamner les souscripteurs et porteurs solidairement à l'amende fixée par l'art. 4 de la même loi.

» 3. Pour indemniser les préposés des soins de cette vérification, il leur sera accordé la moitié des amendes qui auront été payées par les contrevenans.

» 4. Les préposés de l'administration de l'enregistrement et des domaines qui auront constaté des contraventions de la même nature, profiteront également de la moitié desdites amendes ».

V. les articles *Contributions publiques*, *Enregistrement*, *Contrainte* (*finances*), et *Jugement*, §. 1, no 5.]]

[[TIMBRE NATIONAL. Que signifiaient ces mots dans le Code pénal du 23 septembre 1791, dont l'art. 4, sect. 6, tit. 3, part. 2, punissait les contrefacteurs du *Timbre national*, de douze années de fers? Que signifiaient-ils dans la loi du 2 floréal an 11, qui attribuait à la cour spéciale du département de la Seine la connaissance exclusive de toutes les contrefaçons, fabrications et altérations du *Timbre national*? Que signifient ils dans l'art. 140 du Code pénal de 1810, qui punit des travaux forcés à temps « ceux qui auront contrefait ou » falsifié un ou plusieurs *Timbres nationaux* »? Peut-on considérer comme contrefacteurs du *Timbre national* celui qui applique à une lettre un faux Timbre de la poste?

Ces questions sont traitées dans le réquisitoire et jugées par l'arrêt suivans :

« Le procureur général expose que le cours de la justice criminelle se trouve interrompu par un conflit négatif qui s'est élevé entre le tribunal de première instance de Bordeaux et la cour d'appel de Paris.

» Le nommé Jean Chambes, écrivain à Bordeaux, a été dénoncé au juge d'instruction de cette ville, comme prévenu d'avoir escroqué 48 francs au père de Blaise Doit, soldat en garnison au château Trompette, à l'aide d'une lettre datée du 28 avril 1810, fabriquée sous le nom de *Forting*, prétendu employé dans les bureaux de l'administration de la guerre, et à laquelle, pour d'autant mieux faire croire qu'elle venait de cet employé imaginaire, on avait appliqué un faux Timbre de la poste aux lettres de Paris.

» Le 9 juillet dernier, sur le rapport du juge d'instruction, la chambre du conseil du tribunal de première instance de Bordeaux, *attendu que l'administration des postes est régie pour le compte du Gouvernement, et que les timbres qui sont employés pour chaque bureau de poste, sont fournis par lui; que la cour de cassation a, par arrêt du 2 novembre 1811, jugé que l'instruction préliminaire des affaires de l'espèce dont il s'agit, appartient à la cour spéciale extraordinaire du département de la Seine, privativement à tout autre juge, conformément aux lois du 2 floréal an 11, 23 ventôse an 12 et 20 avril 1810; ordonne qu'à la diligence du procureur* (du roi), *Jean Chambes sera renvoyé devant la cour spéciale du département de la Seine*,

avec les pièces de la procédure commencée contre lui.

» Le 28 du même mois, le rapport de cette affaire est fait à la chambre d'accusation de la cour d'appel de Paris ; et par arrêt du même jour, *attendu que la fausse marque apposée à la lettre dont il s'agit, pour contrefaire le timbre de la poste aux lettres de Paris, ne peut être considérée, ni comme un crime de faux en effets nationaux ou en pièces de comptabilité intéressant le trésor public, ni comme une contrefaçon du Timbre national, dont la connaissance est exclusivement attribuée à la cour criminelle spéciale de Paris ; que d'ailleurs le fait imputé à Jean Chambes, n'a point été commis dans le ressort de la cour ; que ledit Chambes n'y est ni domicilié ni résident ; la cour se déclare incompétente pour statuer sur le fait dont il s'agit ; ordonne que les pièces et le prévenu seront, à la diligence du procureur général, renvoyés devant qui de droit.*

» En exécution de cet arrêt, le juge d'instruction du tribunal de première instance de Bordeaux a cru pouvoir reprendre la poursuite qu'il avait commencée contre Jean Chambes ; et il est intervenu, sur son rapport, le 23 septembre dernier, une ordonnance qui, en décrétant Jean Chambes de prise de corps, l'a renvoyé devant la chambre d'accusation de la cour criminelle spéciale de la même ville.

» Mais par arrêt du 7 octobre, *attendu que tout ce qui a été fait par le magistrat instructeur et par la chambre d'instruction du tribunal de première instance de Bordeaux, depuis qu'elle avait prononcé son incompétence, doit être considéré comme nul et de nul effet, puisque cette chambre n'avait point été investie d'un droit nouveau pour poursuivre l'instruction de la procédure ; que ce droit ne pouvait évidemment lui être conféré que par la cour de cassation, et que, si la cour actuellement saisie de l'affaire, se permettait de statuer sur la prévention portée contre Jean Chambes, elle tomberait dans la même erreur que le tribunal de première instance de Bordeaux, et violerait les règles de compétence ; la cour déclare n'y avoir lieu de prononcer, quant à présent, sur la procédure instruite contre Jean Chambes, prévenu de faux, sauf au procureur général à se pourvoir devant la cour de cassation en règlement de juges.*

» Tels sont les faits et les pièces d'après lesquels la cour de cassation doit prononcer sur le conflit qui lui est déféré.

» D'abord, il n'y a nul doute qu'elle ne doive, en prononçant sur ce conflit, le considérer comme encore existant, et le juger elle-même.

» Ce conflit n'avait pas cessé par l'arrêt de la cour spéciale de Paris, du 25 juillet ; et, au contraire, c'était cet arrêt qui l'avait formé par sa contrariété au jugement du tribunal de première instance de Bordeaux, du 9 du même mois.

» Une fois formé par cet arrêt, il ne pouvait plus, d'après l'art. 526 du Code d'instruction criminelle, être levé que par la cour de cassation.

» Le tribunal de première instance de Bordeaux pouvait-il le faire cesser par son adhésion à l'arrêt de la cour spéciale de Paris ? Non certainement.

» Adhérer à cet arrêt, c'était, de la part du tribunal de première instance de Bordeaux, rétracter son jugement du 9 juillet.

» Or, le tribunal de première instance de Bordeaux pouvait-il rétracter ce jugement ? Il ne le pouvait évidemment pas. En rendant ce jugement, en se dépouillant par ce jugement de la connaissance de l'affaire qui en était l'objet, il avait rempli tout son ministère, il avait consommé tout son pouvoir ; ce jugement ne lui appartenait plus : il ne pouvait être réformé que par une autorité supérieure ; et cette autorité n'était ni ne pouvait être que la cour de cassation.

» Ensuite, le tribunal de première instance avait-il fait, par ce jugement, une juste application des lois qui attribuent à la cour spéciale de Paris la connaissance exclusive et des faux commis, soit dans les effets nationaux, soit dans les pièces de comptabilité qui intéressent le trésor impérial, et des contrefaçons ou falsifications du Timbre de l'Etat ?

» La négative paraît ne pouvoir être sérieusement mise en problème.

» D'une part, ce n'est pas au préjudice de l'Etat que Jean Chambes est prévenu d'avoir fabriqué la fausse lettre du 28 avril 1810. En fabriquant cette fausse lettre, si véritablement c'est lui qui l'a fabriquée, il n'a point cherché à nuire, et, dans le fait, il n'a point nui au trésor public. Cette fausse lettre ne peut donc être considérée, ni comme un effet national, ni comme une pièce de comptabilité à laquelle le trésor public ait quelque intérêt.

» D'un autre côté, le Timbre d'un bureau de poste aux lettres, quoique fourni par le Gouvernement, quoique destiné par le Gouvernement à être appliqué aux lettres qui partent de ce bureau, n'est point ce que la loi qualifie de *Timbre national*.

» Un Timbre national porte les armoiries

de l'Etat; le Timbre d'un bureau de poste aux lettres ne porte que le nom de la commune où ce bureau est établi.

» D'après le jugement du tribunal de première instance de Bordeaux, la dénomination de *Timbre national* embrasserait toutes les marques fournies par le Gouvernement pour être apposées, en son nom, sur des objets quelconques.

» Et ce qui prouve qu'elle ne les embrasse pas toutes, ce qui prouve qu'elle est restreinte aux marques qui portent l'empreinte des armoiries de l'Etat, c'est que l'art. 140 du Code pénal, en punissant des travaux forcés à temps, la contrefaçon et la falsification des *Timbres nationaux*, punit de la même peine la contrefaçon et la falsification des *marteaux de l'Etat servant aux marques forestières*, et des *poinçons servant à marquer les matières d'or ou d'argent*; c'est que l'art. 142 ne punit que de la réclusion ceux qui contrefont *les marques apposées, au nom du Gouvernement, sur les diverses espèces de denrées ou de marchandises.*

» Ce considéré, il plaise à la cour, vu l'art. 65 de la constitution du 22 frimaire an 8, l'art. 526 du Code d'instruction criminelle, les lois des 2 floréal an 11, 23 ventôse an 12 et 30 avril 1810, et les art. 140 et 142 du Code pénal; et procédant par règlement de juges, sans s'arrêter ni avoir égard au jugement du tribunal de première instance de Bordeaux, du 9 juillet dernier, lequel sera déclaré comme non avenu, non plus qu'à l'ordonnance du même tribunal, du 23 septembre suivant, laquelle sera déclarée nulle, comme rendue incompétemment; ordonner que Jean Chambes et les pièces de la procédure instruite contre lui, seront renvoyés, soit au juge d'instruction du même tribunal de première instance de Bordeaux, soit au juge d'instruction de tout autre tribunal de première instance du ressort de la cour d'appel séant en la même ville, pour être par lui procédé conformément à la loi; et ordonner qu'à la diligence de l'exposant, l'arrêt à intervenir sera imprimé et transcrit sur les registres du tribunal de première instance de Bordeaux.

» Fait au parquet, le 12 novembre 1812. *Signé* Merlin.

» Ouï le rapport de M. Bailly, conseiller.....;

» Vu l'art. 65 de la constitution du 22 frimaire an 8, l'art. 526 du Code d'instruction criminelle les lois des 2 floréal an 11, 23 ventôse an 12 et 30 avril 1810, et l'art. 142 du Code pénal....;

» Considérant que le tribunal de première instance de l'arrondissement de Bordeaux, ayant, par son jugement du 9 juillet 1812, rendu en la chambre du conseil, sur rapport à lui fait par le juge d'instruction, renvoyé devant la cour spéciale du département de la Seine, le nommé Jean Chambes, écrivain, demeurant à Bordeaux, prévenu d'avoir escroqué 48 francs au père de Blaise Doit, soldat, en garnison au château Trompette, à l'aide d'une lettre datée du 28 avril 1810, fabriquée sous le nom de *Forting*, revêtue du faux Timbre de la poste aux lettres de Paris, avait consommé le pouvoir à lui délégué par le Code d'instruction criminelle, en même temps qu'en fondant ce renvoi devant la cour spéciale de la Seine, sur ce que les Timbres de l'administration des postes étaient employés, au nom du Gouvernement, dans chaque bureau de poste, et réputés fournis par le Gouvernement, d'où il a tiré la conséquence qu'il s'agissait de falsification d'un Timbre national, ledit tribunal a confondu avec les Timbres qui portent les armoiries de l'Etat, des Timbres qui, ne portant que les noms des communes où les bureaux de poste sont établis, ne peuvent pas être ce que l'art. 140 du Code pénal a entendu par Timbres nationaux; d'où il résulte que son jugement susdaté est en opposition, tant avec cet article qu'avec les lois qui attribuent à la cour spéciale du département de la Seine, exclusivement, la connaissance des faux commis par contrefaçon du Timbre national, ou en effets nationaux, ou dans des pièces de comptabilité qui intéressent le trésor public;

» Considérant que la cour d'appel de Paris, chambre des mises en accusation, ayant jugé, en sens inverse du tribunal de première instance de Bordeaux, par son arrêt du 25 dudit mois de juillet, qu'elle était incompétente pour statuer sur le fait imputé à Chambes, il en est résulté un conflit négatif qui ne pouvait cesser que par un arrêt de la cour de cassation, aux termes de l'art. 526 du Code d'instruction criminelle;

» Que néanmoins le tribunal de première instance de Bordeaux, se croyant, d'après cet arrêt de la cour d'appel de Paris, autorisé à reprendre l'instruction de l'affaire, a rendu, le 23 septembre dernier, en la chambre du conseil, une ordonnance de prise de corps contre Chambes, et de renvoi de ce prévenu devant la chambre d'accusation de la cour d'appel de Bordeaux; ordonnance qui, par une contravention manifeste aux règles de compétence établies par la loi, est une sorte de rétractation du jugement dudit jour 9 juillet;

» Considérant au surplus que le fait imputé à Chambes, est de nature à être poursuivi selon les règles communes prescrites par ledit code d'instruction criminelle ;

» La cour, procédant par voie de réglement de juges, et faisant droit sur le réquisitoire du procureur général sans avoir égard audit jugement du 9 juillet de la présente année, qui sera regardé comme non avenu, non plus qu'à ladite ordonnance du 23 septembre suivant, qu'elle déclare nulle et incompétemment rendue ; renvoie ledit Cambes et les pièces de la procédure instruite contre lui, à la chambre des mises en accusation de ladite cour d'appel de Bordeaux, pour y être l'instruction parachevée, s'il y échet, et être ultérieurement statué par ladite chambre, conformément à la loi....

» Prononcé à l'audience publique de la cour de cassation, section criminelle, le 28 novembre 1812 ».]]

TIREUR. *V.* les articles *Lettre et Billet de Change*, *Endossement*, *Protêt*, *Provision de lettre de change*, etc.

*TITRE. C'est l'acte qui sert à établir quelque droit, quelque qualité.

I. On appelle *Titre authentique*, celui qui est émané d'un officier public ; et *Titre exécutoire*, celui qui emporte exécution parée contre l'obligé. *V.* les articles *Acte authentique* et *Exécution parée*.

On appelle *Titre coloré*, celui qui paraît légitime et qui a l'apparence de la bonne foi, quoiqu'il ne soit pas valable ni suffisant pour transférer seul la propriété sans le secours de la possession.

Et l'on appelle *Titre vicieux*, celui qui est défectueux en la forme, comme un acte non signé ; ou au fond, comme une donation non acceptée ; ou celui dont le défaut est tel, que la personne même qui s'en sert, n'a pu l'ignorer, ou qu'elle n'a pu prescrire de bonne foi en vertu d'un tel Titre, comme quand le Titre de la jouissance est un bail à loyer ou un séquestre. On dit, dans ce dernier cas, qu'il *vaudrait mieux n'avoir pas de Titre que d'en avoir un vicieux*, parcequ'on peut prescrire par une longue possession sans Titre, au lieu qu'on ne peut prescrire par aucun laps de temps, en vertu d'un Titre tel que ceux dont on vient de parler. [[*V.* l'article *Prescription*, sect. 1, §. 6.]]

II. *Titre* se dit aussi de la cause en vertu de laquelle on possède ou on réclame une chose.

En ce sens, on appelle *Titre gratuit*, celui par lequel on acquiert une chose, sans qu'il en coûte rien

Et l'on appelle *Titre onéreux*, celui par lequel on acquiert une chose, non pas gratuitement, mais à prix d'argent, ou moyennant d'autres charges et conditions, comme un contrat de rente ou d'échange, un bail à rente.

On appelle *Titre lucratif*, celui en vertu duquel on gagne quelque chose, comme une donation ou un legs. Par le terme de *Titre lucratif*, on entend souvent la cause lucrative, comme le legs, plutôt que le Titre ou acte, qui est le Testament ou codicile contenant le legs.

C'est une maxime, en fait de Titres ou de causes lucratives, que deux Titres de cette espèce ne peuvent point concourir en faveur d'une même personne. Ce n'est pas qu'on ne puisse faire valoir les deux Titres, en corroborant l'un par l'autre ; cela veut dire seulement qu'on ne peut pas exiger deux fois la même chose en vertu de deux Titres différens. *V.* l'article *Legs*, sect. 3, §. 2.

[[Le *Titre*, considéré comme cause en vertu de laquelle on possède ou réclame quelque chose, se divise encore en Titre universel et Titre particulier. *V.* les articles *Hérédité* et *Légataire*, §. 1.]]

III. On entend par *Titre nouvel*, un acte par lequel un nouveau possesseur, un héritier s'oblige de payer la même rente ou redevance que devait celui qu'il représente. Il se dit aussi du nouvel engagement que l'on est en droit d'exiger du débiteur originaire, lorsqu'il est près d'acquérir la prescription.

Les frais du Titre nouvel doivent être payés par le débiteur.

[[C'est ce que décide l'art. 2263 du Code civil : « Après 28 ans de la date du premier » Titre, le débiteur d'une rente peut être con» traint à fournir à ses frais un Titre nouvel à » son créancier ou à ses ayant-cause ».]]

IV. Enfin, *Titre* se dit aussi du degré de fin de l'or ou de l'argent, tant monnayé que non monnayé. *V.* les articles *Monnaie* [[et *Monnaie décimale*]] (M. Guyot.)*

[[TITRE CONFIRMATIF. C'est l'acte qui en confirme un précédent.

Ainsi, c'est un Titre confirmatif que l'acte par lequel je m'oblige envers vous à exécuter une convention que nous avions précédemment souscrite et contre laquelle j'avais des moyens de nullité à faire valoir.

C'est pareillement un Titre confirmatif que le jugement par lequel, sans avoir égard aux moyens de nullité que j'employais contre un

acte dont vous me demandiez l'exécution, il est ordonné que cet acte sera exécuté selon sa forme et teneur; et tel est encore celui qui homologue un contrat passé entre deux ou plusieurs parties.

D'après ce qui est dit sous les mots *Confirmation, Ratification, Testament*, sect. 2, §. 5, *Transaction*, §. 5, nos 4 et 4 *bis*, et dans mon *Recueil de Questions de droit*, au mot *Testament*, §. 18, je n'ai plus à m'occuper ici des conditions requises pour que le titre confirmatif couvre les vices du titre confirmé.

Mais il reste, par rapport au jugement qui ordonne l'exécution d'un contrat, et par là le confirme, quelques questions à examiner sur l'hypothèque que l'art. 2123 du Code civil fait résulter des jugemens en général au profit *de ceux qui les ont obtenus*.

1° En est-il, à cet égard, du jugement qui ne fait que donner acte à une partie du consentement de l'autre à l'exécution du contrat précédemment passé entr'elles, comme du jugement qui est précédé d'une contradiction sérieuse?

Oui, et la preuve en est que l'article cité, après avoir dit que *l'hypothèque judiciaire résulte des jugemens, soit contradictoires, soit par défaut, définitifs ou provisoires, au profit de celui qui les a obtenus*, ajoute *qu'elle résulte aussi des reconnaissances faites en jugement, des signatures apposées à un acte obligatoire sous seing-privé*.

De là trois arrêts de la cour d'appel de Bruxelles des 9 août et 24 décembre 1806, et 7 mars 1807, par lesquels des porteurs d'inscriptions prises en vertu de jugemens de condamnation volontaire (1), ont été colloqués au rang d'hypothèque que ces inscriptions leur assignaient (2).

De là un autre arrêt de la même cour du 8 mai 1822, qui a déclaré valables des inscriptions prises en vertu d'un jugement qui n'avait fait qu'homologuer les conventions des parties (3).

2° Le jugement qui, en rejetant les exceptions proposées contre un contrat, ordonne qu'il sera exécuté, emporte-t-il hypothèque sur tous les biens de la partie contre laquelle il est rendu, lorsque, par ce contrat même, une hypothèque spéciale est accordée au créancier, ou qu'il en résulte pour celui-ci un privilège spécial?

Pourquoi non? L'art. 2123 du Code civil ne distingue pas; et nous ne pouvons pas y suppléer une distinction qui n'y est pas écrite. Aussi a-t-on vainement soutenu le contraire dans l'espèce suivante.

Le 17 mars 1815, acte notarié par lequel la veuve Legras, au nom de ses enfans mineurs, vend aux sieur et dame Dailly une maison dont le prix est fixé à la somme de 6,300 francs, payable dans deux ans.

Au mois d'avril 1817, les enfans de la veuve Legras, décédée depuis peu, font signifier la grosse du contrat aux sieur et dame Dailly, avec commandement de leur payer le prix de la vente.

Les sieur et dame Dailly répondent à cette signification par celle de quittances sous seing-privé qu'ils attribuent à la veuve Legras, et d'après lesquelles ils se prétendent entièrement libérés.

Le 18 août 1818, jugement du tribunal de première instance de Vervins qui, sans avoir égard à ces quittances qu'il déclare nulles et sans effet, ordonne que les poursuites commencées pour l'exécution du contrat de vente du 17 mars 1815, seront continuées jusqu'au parfait paiement de la somme de 6,300 francs.

Appel de ce jugement, de la part des sieur et dame Dailly, à la cour royale d'Amiens.

Le 6 juin 1819, arrêt confirmatif.

Quelque temps après, les sieur et dame Dailly vendent d'autres immeubles, et les enfans Legras se présentent à l'ordre pour y être colloqués à la date de leurs inscriptions.

Opposition à cette demande de la part du sieur Lépicier, créancier inscrit après eux, lequel soutient que, suffisamment garantis par le privilège que la loi leur réserve, comme vendeurs, sur la maison dont ils réclament le prix, ils n'ont pu acquérir hypothèque en vertu du jugement du 18 août 1818 et de l'arrêt du 6 juin 1819, que pour les dépens des deux instances.

Le 13 août 1821, jugement qui, adoptant ce système, rejette la demande des enfans Legras en collocation dans l'ordre.

Les enfans Legras en appellent; et le 22 février 1822, arrêt de la cour royale d'Amiens qui le réforme,

« Attendu, en droit, que, d'après les dispositions de l'art. 2123 du Code civil, l'hypothèque judiciaire résulte des jugemens, soit contradictoires, soit par défaut, définitifs ou provisoires, en faveur de celui qui les a obtenus; que, par conséquent la loi n'admet aucune distinction;

» Attendu en fait, que les sieurs Legras

(1) *V.* mon *Recueil de Questions de droit*, au mot *Appel*, §. 1, n° 3.

(2) Jurisprudence de la cour de cassation, tome 6, partie 2, page 289, et tome 7, partie 2, page 721.

(3) *V.* l'article *Hypothèque*, sect. 2, §. 3, art. 5, n° 2.

ayant commencé des poursuites contre le sieur Dailly, en vertu d'un contrat de vente en date du 17 mars 1815, pour être payés du prix porté audit contrat, les mariés Dailly ont prétendu arrêter les poursuites au moyen de prétendues quittances qui ont été contestées par les sieurs Legras, et déclarées nulles et de nul effet par un jugement rendu par le tribunal de Vervins, le 18 août 1818, qui a ordonné que les poursuites commencées seraient abandonnées à parfaire jusqu'à l'entier paiement de la somme de 6.300 francs, formant le prix principal de la vente, ensemble des intérêts, et les a condamnés en outre aux dépens ;

» Attendu que ce jugement, confirmé par arrêt de la cour du 6 juin 1819, et dont l'exécution devait être suivie d'une manière générale et sans restriction, contient évidemment des condamnations au profit des sieurs Legras contre les mariés Dailly, non seulement pour les intérêts et les frais, mais encore pour le principal de la dette qui avait été déniée et contestée ; que, par conséquent, ce jugement avait constitué, de droit, aux termes de l'article du Code précité, une hypothèque générale sur tous les biens desdits Dailly et sa femme ; que néanmoins cette hypothèque ne peut produire effet qu'à la date de l'inscription prise par les sieurs Legras, le 22 septembre 1818 ; que c'est à tort que les premiers juges ont déclaré cette inscription inopérante quant au principal de la créance et aux intérêts y relatifs, et ne lui ont accordé effet que pour les frais »,

Le sieur Lépicier se pourvoit en cassation ; mais, par arrêt de la section des requêtes, du 29 avril 1823, son recours est rejeté, « attendu que le jugement du 18 août 1818, qui, » en reconnaissant l'existence de la créance » dont il s'agit, a ordonné que les poursuites » encommencées seraient continuées, porte » en lui-même une condamnation qui, aux » termes de l'art. 2123 du Code civil, a créé » l'hypothèque judiciaire qui résulte des juge- » mens, soit contradictoires, soit par défaut, » définitifs ou provisoires, en faveur de celui » qui les a obtenus (1) ».

3° Quel est l'effet hypothécaire d'un jugement qui ordonne l'exécution, soit d'un contrat par lequel le débiteur n'a fait que promettre une hypothèque spéciale, sans indiquer actuellement les biens qu'il entendait y soumettre, soit d'un contrat par lequel le débiteur a consenti, avec toutes les formalités requises par l'art. 2129 du Code civil, une hypothèque spéciale qui est devenue illusoire, ou parcequ'il n'était pas propriétaire des biens qu'il avait déclaré y affecter, ou de toute autre manière ?

Nul doute que ce jugement n'emporte également hypothèque sur tous les biens du débiteur, à l'effet de le contraindre, soit à fournir l'hypothèque spéciale qu'il a promise, soit à remplacer celle qu'il avait valablement consentie, sinon à payer le montant de la créance à laquelle il a affecté l'une ou l'autre ; et c'est ce qu'ont jugé deux arrêts de la cour de cassation dont voici les espèces.

Le 6 germinal an 13, acte notarié par lequel le sieur Ladvocat consent, au profit du sieur de Montzey et pour sûreté d'une somme de 4,100 francs qu'il lui doit, une hypothèque spéciale sur plusieurs immeubles situés à Vaucourt, qu'il déclare libres de toute hypothèque.

Le sieur de Montzey, en s'inscrivant sur ces immeubles, les trouve grevés de plusieurs inscriptions qui, antérieures à la sienne, la neutralisent.

Il demande en conséquence que le sieur Ladvocat soit déclaré stellionnataire, et condamné par corps à lui payer le montant de sa créance.

Le 2 fructidor de la même année, jugement par défaut qui lui adjuge ses conclusions.

Appel de la part du sieur Ladvocat ; et le 2 mai 1806, arrêt par défaut qui met l'appellation au néant.

Le sieur Ladvocat y forme opposition ; mais il en est débouté par défaut le 18 juillet suivant.

En vertu de ce jugement et de ces arrêts, le sieur de Montzey prend inscription sur des biens du sieur Ladvocat situés à Vaucouleurs.

Cependant le sieur Ladvocat se pourvoit de nouveau, et arme de pièces par lesquelles il prétend prouver qu'à l'époque du 6 germinal an 13, les créanciers inscrits sur ses biens de Vaucourt, étaient payés, il conclud à ce qu'il soit déclaré n'avoir pas commis de stellionnat.

Le 12 décembre de la même année, arrêt par défaut qui rejette sa demande

Le 28 du même mois, signification de cet arrêt au sieur Ladvocat, qui, dès le surlendemain, y forme opposition.

Les choses en cet état, le sieur de Montzey poursuit l'expropriation forcée, tant des immeubles de Vaucourt qui lui sont hypothéqués spécialement, que des immeubles de Vaucouleurs sur lesquels il s'est inscrit en vertu des jugement et arrêts des 2 fructidor an 13, 2 mai et 18 juillet 1806.

Le sieur Ladvocat forme opposition à ses poursuites, et invoquant l'art. 2209 du Code

(1) Journal des audiences de la cour de cassation, année 1823, page 189.

civil, aux termes duquel *le créancier ne peut poursuivre la vente des immeubles qui ne lui sont pas hypothéqués, que dans le cas d'insuffisance des biens qui lui sont hypothéqués;* il soutient que, ni le jugement du 2 fructidor an 13, ni les arrêts des 2 mai et 18 juillet 1806 n'ont pu conférer à son créancier une extension d'hypothèque; que le sieur de Montzey ne peut pas, au mépris de l'opposition dont se trouve frappé l'arrêt par défaut du 12 décembre 1806, argumenter contre lui du prétendu stellionnat qu'il lui impute; que d'ailleurs le stellionnat n'emporte pas de plein droit conversion de l'hypothèque spéciale en hypothèque générale sur tous les biens du débiteur.

Jugement qui, sans s'arrêter à ces moyens, prononce l'adjudication, non seulement des immeubles de Vaucourt, mais encore de ceux de Vaucouleurs.

Le sieur Ladvocat en appelle à la cour royale de Nancy qui, par arrêt du 25 mars 1807, met l'appellation au néant.

Il se pourvoit en cassation, et soutient que l'art. 2209 du Code civil a été violé par une fausse application des art. 2117 et 2123. Mais par arrêt de la section des requêtes du 4 avril 1808, au rapport de M. Rupérou, et sur les conclusions de M. l'avocat-général Jourde, son recours est rejeté,

« Attendu, en premier lieu, qu'il est déclaré en fait par l'arrêt, que les biens hypothéqués spécialement par l'acte du 6 germinal an 13, étaient insuffisans pour solder la totalité de la créance du sieur Montzey;

» Attendu, en second lieu, que le sieur de Montzey n'ayant, en dernier lieu, poursuivi l'expropriation qu'en vertu d'un jugement passé en force de chose jugée, dont l'inscription lui avait conféré une hypothèque générale sur tous les biens du sieur Ladvocat, a pu comprendre dans ses poursuites d'autres biens que ceux hypothéqués par l'acte du 6 germinal an 13 ».

Le 15 prairial an 12, le sieur Vignon vend au sieur Christophe, fils, divers immeubles, moyennant la somme de 30,000 francs, sur laquelle l'acquéreur paie 12,000 francs comptant, et obtient, pour payer le restant, un terme de douze années, sous le cautionnement de son père qui hypothèque spécialement à cet effet un domaine rural et une maison qu'il déclare posséder, l'un à Meylan, arrondissement de Grenoble, l'autre à Grenoble même.

Le 4 messidor de la même année, le sieur Vignon s'inscrit sur ces deux immeubles; mais bientôt, informé qu'ils appartiennent à la femme du sieur Christophe, père, il fait assigner celui-ci, ainsi que son fils, devant le tribunal de première instance de Grenoble, pour se voir condamner à lui fournir dans deux mois un cautionnement en immeubles égaux en valeur au domaine de Meylan et à la maison de Grenoble, sinon, à lui payer les 18,000 francs avec intérêts.

Jugement du 18 décembre de la même année, et sur l'appel, arrêt du 19 juillet 1810, qui prononcent conformément à ces conclusions, et condamnent les sieurs Christophe, père et fils, aux dépens liquidés à 702 francs.

Le 22 août 1811, le sieur Vignon s'inscrit, en vertu de ce jugement et de cet arrêt, sur tous les immeubles du sieur Christophe, père, situés dans l'arrondissement de Grenoble.

Quelques années après, l'un de ces immeubles situé dans la commune de Saint-Martin-de-Miseré, est vendu par expropriation forcée à la requête d'un créancier chirographaire du sieur Christophe père et de sa femme.

Le sieur Vignon se présente à l'ordre, et demande à y être colloqué comme créancier hypothécaire de ce qui lui reste dû par Christophe, père et fils.

Le 7 août 1819, jugement qui le déboute, « attendu que cet immeuble n'est pas affecté » à l'hypothèque résultant de l'acte du 15 » prairial an 12, puisqu'il est situé dans la » commune de Saint-Martin-de-Miseré, et que, » par cet acte, Christophe, père, n'a engagé » que les immeubles qu'il possède dans la » commune de Meylan ».

Le sieur Vignon appelle en vain de ce jugement. Par arrêt du 13 juillet 1820, la cour royale de Grenoble dit qu'il a été bien jugé.

Mais l'affaire portée à la cour de cassation, arrêt du 13 décembre 1824, au rapport de M. Portalis, par lequel,

« Vu les art. 2094, 2123, 2148 et 2166 du Code civil.....;

» Attendu que le créancier qui obtient contre son débiteur un jugement de condamnation, acquiert, sur les biens de ce débiteur, un droit d'hypothèque judiciaire, en vertu duquel il peut prendre inscription sur tous ses biens pour la sûreté de sa créance, sans exception, soit qu'ils fussent ou non originairement affectés à l'hypothèque conventionnelle résultant du titre primitif de la créance;

» D'où il suit qu'en décidant que le prix de l'adjudication du fonds de terre situé en la commune de Saint-Martin-de-Miseré, devait être distribué aux créanciers chirographaires de Christophe le père, et que Jean-Baptiste-Anselme Vignon n'y avait aucun droit, parce que l'obligation authentique du 15 prairial an 12 n'hypothéquait à sa créance que les biens

possédés par Christophe le père en la commune de Meylan, et en annulant ainsi l'effet d'une inscription régulièrement prise sur ledit fonds de terre par Jean-Baptiste-Anselme Vignon, en vertu d'un précédent arrêt du 19 juillet 1810, la cour royale de Grenoble a violé les dispositions des lois précitées;

» La cour casse et annulle.....(1) ».

La même chose avait été jugée précédemment par les deux arrêts de la cour de Bruxelles des 9 août 1808 et 8 mai 1822, qui sont rappelés ci-dessus (1).]]

4° Mais que deviendrait l'hypothèque générale, dans le cas sur lequel porte la question précédente, si le débiteur, en exécution du jugement confirmatif de son obligation, fournissait réellement à son créancier, soit l'hypothèque spéciale qu'il a promise, soit un juste remplacement de celle qu'il a consentie?

L'arrêt cité de la cour de Bruxelles, du 8 mai 1822, dit *que l'on pourrait prétendre que l'hypothèque générale viendrait à cesser*. Cette prétention serait-elle fondée?

Que le débiteur puisse, en prouvant que l'hypothèque spéciale qu'il fournit, *suffit* à la pleine garantie du créancier, obtenir la radiation des inscriptions prises en vertu du jugement sur les autres biens, c'est ce que l'art. 2161 du Code civil ne permet pas de mettre en problème (2).

Il ne peut donc y avoir de difficulté que sur la question de savoir si l'hypothèque générale cesse de plein droit, et si les inscriptions prises pour la conserver, tombent d'elles mêmes *vis-à-vis des tiers*, du moment qu'une hypothèque, spéciale et suffisante a été fournie par le débiteur, n'importe que la suffisance en soit reconnue à l'instant par le créancier, ou qu'elle ne soit constatée que quelque temps après par un jugement.

L'affirmative n'est pas douteuse dans le cas où les poursuites sur lesquelles le jugement a été rendu, n'ayant eu pour objet que de faire condamner le débiteur à fournir une hypothèque spéciale, le jugement n'a prononcé que cette seule condamnation. Alors, en effet, le jugement a reçu sa pleine exécution; l'hypothèque générale qu'il a produite, est donc éteinte de plein droit, comme est éteinte de plein droit, aux termes de l'art. 2180, toute hypothèque dont la cause a cessé.

Mais il en serait autrement, si, incidemment aux poursuites sur lesquelles le jugement a été rendu, le débiteur avait opposé des exceptions tendant, soit à faire annuler le contrat, soit à le faire modifier, soit à le faire déclarer résolu ou éteint, et qu'en les rejetant, le juge eût condamné le débiteur, non seulement à fournir l'hypothèque spéciale qu'il a promise, ou à remplacer celle qu'il a précédemment consentie, mais encore à exécuter le contrat dans les points contestés. Dans ce cas, le débiteur, en fournissant une hypothèque spéciale, ne satisferait qu'en partie au jugement. L'hypothèque générale que le jugement a produite, subsisterait donc encore pour les chefs du jugement qui ne seraient pas exécutés, jusqu'à ce qu'en vertu de l'art. 2161, un nouveau jugement l'eût restreinte aux objets compris dans l'hypothèque spéciale.]]

[[TONNEAU. *V.* les articles *Saisie pour contravention* et *Vin*.]]

[[TONTINE. C'est une société de créanciers de rentes perpétuelles ou viagères, formée sous la condition que les rentes des prédécédés accroîtront aux survivans, soit en totalité, soit jusqu'à une certaine concurrence. Elle est ainsi appelée du nom de *Tonti*, Italien, qui, le premier, en a conçu l'idée et l'a mise en pratique.

I. L'art. 37 du Code de commerce, suivant lequel *la société anonyme ne peut exister qu'avec l'autorisation du gouvernement, et avec son approbation pour l'acte qui la constitue*, est-il applicable aux Tontines?

Il ne l'est ni par son texte, ni par l'esprit qui l'a dicté.

« Dans une Tontine (disait M. d'Hauterive, conseiller d'état, dans un rapport fait au conseil d'état, en novembre 1808), la somme des capitaux une fois déterminée, reste toujours la même : ils ne sont sujets à aucune chance, ni susceptibles d'aucune amélioration; et l'industrie, le tems et la fortune ne peuvent rien changer à leur mesure.

» Une Tontine ne présente ni travail, ni produit, ni concurrence; c'est une simple convention par laquelle les sociétaires s'engagent à souffrir, au détriment de leurs héritiers naturels, le partage de leur intérêt dans l'association, entre ceux de leurs co-associés qui sont destinés à leur survivre; et ce partage est en même tems la seule opération des personnes qui sont chargées d'administrer l'association. Il est difficile de comprendre comment l'existence de cette société pourrait être rapportée à la législation commerciale, qui a pour objet de soumettre l'industrie à des lois par-

(1) Bulletin civil de la cour de cassation, tome 26, page 368.

(1) *V.* l'article *Radiation des hypothèques*, n° 12.

ticulières, de favoriser ses accroissemens, de déterminer ses droits, et de régler ses concurrences.

» Le tit. 3 du Code de commerce définit très-bien les sociétés anonymes; mais ce qu'il en dit, ne peut s'appliquer, sous aucun rapport, aux Tontines.

» Les sociétés anonymes se composent d'associés et de mandataires. Les mandataires, quand ils ne sont pas associés, n'ont aucun intérêt dans la société : ils gèrent en vertu d'un mandat déterminé, volontaire et révocable; leur gestion, leur salaire, peuvent cesser à volonté.

» Les Tontines se composent aussi de sociétaires et de mandataires : mais les mandataires préexistent à la société qu'ils ont formée; ils lui imposent, en la constituant, les conditions de la part qu'ils veulent prendre dans le partage des produits de la mise des associés; leur autorité, quoique sujette à controle pour ses effets, est indépendante dans sa consistance; l'intérêt qu'ils se sont assuré dans la formation, dure aussi longtems que la société qu'ils ont organisée.

» Cette disposition, commune à toutes les Tontines, est formellement contraire à l'art. 31 du Code de commerce, qui régle la forme et l'organisation des sociétés anonymes. Mais il y a encore d'autres différences.

» Les sociétés anonymes présentent à tous les associés un intérêt égal : le plus ou moins de valeur dans les résultats, dépend de la mesure des mises dont chacun des associés contribue, et qui leur assure à tous un bénéfice proportionné à la somme de leurs actions. Mais cette diversité, quoiqu'elle soit à l'avantage des grands actionnaires, est indifférente à l'égard de ceux qui ne sont porteurs que d'une ou d'un petit nombre d'actions; car, dans ces sortes d'associations, il n'existe de rapports de droits, d'intérêts et de partage, qu'entre les actions et de chaque action à toutes les autres.

» Les personnes restent toujours étrangères les unes aux autres; elles peuvent être anonymes; et le plus souvent, soit par des transmissions volontaires, soit par des transmissions forcées, leurs actions sont susceptibles de circuler de main en main, sans que ces changemens affectent, en aucune manière l'intérêt général de la société.

» Il n'en est pas ainsi des Tontines : ici, tous les intérêts individuels diffèrent par l'âge, par la profession, par la constitution physique des associés.

Les mises, considérées isolément, sont égales; mais comme les rapports de droits et d'intérêts existent entre les personnes, ainsi qu'entre les actions, et que les lois du partage dépendent de la destinée des personnes, les différences dans les probabilités de la vie par la comparaison des âges, des professions et de tous les indices d'une plus ou moins grande vitalité, les cumulations d'actions sur le même individu, et les degrés divers de ces cumulations, détruisent tout principe d'égalité dans la comparaison générale des chances; et la diversité qui en est la conséquence, s'établit sur des élémens tellement compliqués que l'arithmétique la plus déliée fournit à peine des moyens suffisans pour en discerner et en bien apprécier les résultats.

» Enfin, la différence qui mérite le plus d'être prise en considération, est celle-ci :

» Les sociétés anonymes créent un intérêt nouveau, non seulement pour les associés, mais pour l'Etat lui-même. Elles répandent et multiplient l'action vivifiante du travail; elles forment des capitaux qui, mis en œuvre par leur féconde et toujours active industrie, produisent eux-mêmes de nouvelles propriétés productives

» Les sociétés tontinières ne produisent ni mouvement, ni capital, ni industrie. C'est donc sans aucune règle d'analogie qu'on appliquerait à ces sociétés les articles du Code de commerce qui sont relatifs à l'établissement des sociétés anonymes ».

II. Mais de ce que l'art. 37 du Code de commerce ne s'applique pas de lui même aux Tontines, s'en suit-il que ces sortes d'associations peuvent exister sans l'autorisation du gouvernement? Non.

« Et d'abord (c'est encore M. d'Hauterive qui parle), on pourrait rappeler la loi du 24 août 1793, qui, après avoir supprimé *la caisse d'escompte, la compagnie d'assurances sur la vie, et généralement toutes celles dont le fonds capital repose sur des actions au porteur, ou sur des effets négociables, ou sur des inscriptions sur un livre, transmissibles à volonté*, prescrit, art. 2, qu'à *l'avenir, il ne pourra être établi, formé ou conservé de pareilles associations ou compagnies, sans une autorisation du corps législatif.*

» La compagnie des assurances sur la vie, considérée sous le plus important et le plus fécond de ses rapports, était une véritable Tontine : les arrêts du conseil des 3 novembre 1787 et 27 juillet 1788, qui autorisent la confirmation de cette compagnie, caractérisent les droits du gouvernement, relativement à ces sortes d'établissemens, d'une manière très-absolue et qui mérite d'être remarquée.

» Le roi déclare, dans le préambule de l'arrêt de 1787 et dans l'art. 1er, que le droit d'établir des assurances sur la vie, est *un privilége domanial;* il permet à la ville de Paris d'exercer ce privilége, et l'autorise à le transmettre, pour un temps limité, à une compagnie d'assurance; mais ne perdant pas de vue que l'intérêt collectif de ces établissemens, se composerait d'une multitude d'intérêts individuels; que toutes les personnes qui traiteraient avec la compagnie, seraient éparses et isolées; qu'un grand nombre d'entre elles seraient incapables de concevoir et de prévenir ou de combattre les fraudes qui pourraient être faites à leur préjudice; qu'un très-grand nombre encore ne tiendraient à l'association que par des droits qui, quoique considérables eu égard à leur fortune, seraient intrinsèquement de si peu de prix, qu'ils ne vaudraient pas les peines qu'il faudrait prendre pour en surveiller la conservation; et qu'ainsi, la nécessité ferait à la grande pluralité des intéressés, une loi absolue de s'en rapporter, avec une confiance aveugle, à la direction de la compagnie; l'arrêt prescrit à la ville de Paris d'exercer, sur cette direction, une inspection perpétuelle; et pour s'assurer que cette surveillance sera effectivement exercée, il attribue à l'hôtel-de-ville le quart des bénéfices de cet établissement, pour être employé à des objets d'utilité publique.

» L'existence spontanée de la compagnie d'assurance aurait donc été regardée, sous l'ancienne monarchie, comme une atteinte portée au *privilege domanial.*

» On croit devoir observer que cette expression ne doit pas être prise dans son acception la plus rigoureuse; car on pourrait en conclure que toutes les combinaisons les plus étendues qui sont fondées sur des opérations de prêt, d'emprunt, de prime, de garantie, etc. seraient administratives et tiendraient essentiellement au privilége de la souveraineté. Le principe doit être autrement entendu : le privilége du gouvernement n'est pas dans la faculté de combiner, d'entreprendre et de gérer, mais dans le droit vraiment exclusif de connaître de la légalité des combinaisons, des entreprises et des gestions qui embrassent un grand ensemble d'intérêts privés, d'intérêts épars, de petits intérêts; et ce droit est surtout éminemment légitime à l'égard des Tontines particulières; car, dans ces sortes d'établissemens, les intéressés sont plus faibles contre l'administration, la société leur offre moins de garantie, il est plus facile à la direction d'abuser, il est presque impossible aux associés de se défendre contre les fraudes; et l'intervention d'une autorité tutélaire, non seulement pour légitimer l'existence de l'établissement, mais encore pour assurer l'exécution des engagemens mutuels, y devient plus indispensable et plus juste.

» Il n'est donc pas besoin d'une loi pour établir sur ce point la compétence du gouvernement; et ce qui se pratique, à cet égard, dans d'autres pays, ne peut être ici présenté comme règle ni comme exemple. Il y a des pays où l'on croirait porter atteinte à la liberté publique, si l'on garantissait, par des mesures sages et rigoureuses, le bon ordre dans les villes et la sûreté sur les routes; si l'on préservait par elles la faiblesse et la crédulité des piéges de la cupidité et du mensonge; si l'on mettait enfin quelques entraves aux métiers de fripon et de voleur de grands chemins : mais, en France, on a toujours pensé que les personnes et les propriétés étaient sous la garde protectrice du gouvernement; que tous les intérêts collectifs, tels, par exemple, que ceux des communes, des corporations et des associations de toute espèce, hors celles du commerce, étaient en tutelle perpétuelle; que la police qui s'exerce contre les désordres cachés ou publics, contre l'injustice combinée et la fraude systématique, loin d'être une atteinte à la liberté publique, en était au contraire la protectrice la plus nécessaire et la sauve-garde la plus assurée ».

Cette doctrine a été consacrée par un avis du conseil d'état, du 25 mars 1809, que le chef du gouvernement a revêtu de son approbation le 1er avril suivant, et qui est ainsi conçu :

« Le conseil d'état, qui, d'après le renvoi ordonné par sa majesté, a entendu le rapport des sections réunies des finances et de législation, sur les associations dites *Tontines;*

» Considérant qu'une association de la nature des tontines, sort évidemment de la classe commune des transactions entre citoyens, soit que l'on considère la foule des personnes de tout état, de tout sexe et de tout âge, qui y prennent ou qui y peuvent prendre des intérêts; soit que l'on considère le mode dont ces associations se forment, mode qui ne suppose, entre les parties intéressées, ni ces rapprochemens ni ces discussions si nécessaires pour caractériser un consentement donné avec connaissance; soit que l'on considère la nature de ces établissemens, qui ne permet aux associés aucun moyen efficace et réel de surveillance; soit enfin que l'on considère leur durée toujours inconnue, et qui peut se prolonger pendant un siècle;

» Qu'une association de cette nature ne peut, par conséquent, se former sans une autorisation expresse du souverain, qui la donne sur

le vu des projets de statuts de l'association, et qui lui impose des conditions telles que les intérêts des actionnaires ne se trouvent compromis, ni par l'avidité, ni par la négligence, ni par l'ignorance, de ceux à qui ils auraient confié leurs fonds, sans aucun moyen d'en suivre et d'en vérifier l'emploi, sur la foi de promesses presque toujours fallacieuses;

» Que l'expérience n'a que trop démontré les conséquences funestes de l'oubli de ces maximes et du défaut d'une autorisation spéciale donnée par le gouvernement; que, dans la Tontine *Lafarge*, par exemple, ce défaut d'autorisation spéciale, et de toutes mesures contre les abus, a laissé les actionnaires sans défense, et la gestion sans surveillance réelle;

» Est d'avis, 1° qu'aucune association de la nature des Tontines, ne peut être établie sans une autorisation spéciale, donnée par sa majesté, dans la forme des réglemens d'administration publique;

» 2° Qu'à l'égard de toutes les associations de cette nature qui existeraient sans autorisation légale, il n'y a pas un moment à perdre pour suppléer à ce qu'on aurait dû faire dans le principe;

» Qu'il est par conséquent urgent de leur donner un mode d'administration qui calme toute inquiétude de la part des actionnaires, soit par le choix d'administrateurs faits pour réunir toute leur confiance, soit par la régularité ou la publicité des comptes;

» Qu'en ce qui regarde les difficultés qui pourraient s'élever au sujet de la gestion et comptabilité des administrateurs jusqu'à ce jour, on ne pourrait rien faire de plus avantageux aux intéressés, que d'en soumettre le jugement à des magistrats dont les lumières garantiraient une justice entière à toutes les parties;

» Que le bienfait d'une pareille mesure ne pourrait être contesté que par ceux qui auraient intérêt à la prolongation des abus, ou par ceux qui, voulant les arrêter, auraient spéculé sur les avantages qu'ils pourraient retirer d'une administration nouvelle dont ils feraient partie ».]]

* TOUR DE L'ÉCHELLE. C'est une servitude urbaine et discontinue, en vertu de laquelle celui à qui elle est due, peut poser une échelle sur l'héritage de son voisin, et occuper l'espace de terre qui est nécessaire pour le Tour de l'échelle, lorsqu'il fait faire des réparations ou des constructions dans la partie de sa maison qui donne du côté du voisin.

On appelle aussi absolument *Tour de l'échelle*, l'espace qui est laissé pour cet usage.

Quoique cette servitude soit assez commune, elle ne se trouve énoncée que dans les coutumes de Bar et de Meaux, qui y donnent même un autre nom, celui d'*échellage;* encore n'en font-elles mention que pour la déclarer imprescriptible. Quelques autres coutumes ont néanmoins des dispositions qui y ont rapport; mais il faut avouer qu'on y trouve fort peu de lumières sur ce droit, que plusieurs auteurs ont, par cette raison, confondu avec celui d'*investison*.

Pour approfondir cette matière autant qu'il est possible, on va établir

1° La différence qui subsiste entre l'investison et le Tour de l'échelle, et quelle est leur origine;

2° Quelle est la manière d'acquérir et de prouver la servitude du Tour de l'échelle;

3° Quelle est l'étendue de cette servitude, et la manière d'en user.

§.^er^ I. *De la différence de l'investison et du Tour de l'échelle, et de leur origine.*

Chez tous les peuples nouveaux, les citoyens sont encore, à bien des égards, étrangers les uns envers les autres; le terrain est d'ailleurs si peu précieux, qu'il n'est pas étonnant qu'on cherche à s'isoler le plus qu'il est possible. Aussi les servitudes légales qui résultent du voisinage, telle que la mitoyenneté des murs, y sont-elles presque inconnues. On voit au contraire, dans toutes les lois anciennes, qu'on y prend les plus grandes précautions pour empêcher qu'il ne résulte aucune incommodité du droit de voisinage.

Tacite (*de moribus Germanorum*, chap. 17) observe que les habitations des Germains sont séparées, et que, dans les bourgs même, chaque maison est entourée d'un espace qui en dépend. On trouve la même manière de bâtir chez les peuples sauvages; et il ne serait peut-être pas besoin d'autre chose pour prouver l'extrême antiquité de la civilisation des peuples de l'Inde, que leurs lois sur les servitudes (1).

Suivant les lois d'Athènes, recueillies par Samuel Petit, sous le titre de *leges Atticæ*, page 153, et par Jean Potter, dans son ouvrage intitulé, *Antiquities of Greece*, tome 1, page 155, celui qui creuse un fossé proche le terrain d'autrui, doit laisser, entre le fossé et l'héritage de son voisin, un espace égal à la profondeur du fossé. Celui qui bâtit un mur, doit laisser un pied entre lui et son voisin, et deux pieds, s'il construit une maison. Celui qui en construit une dans les champs, doit

(1) *V.* A Code of Gentoo Laws, or the Ordinations of the Pundits *London* 1777, chap. 12.

s'éloigner de son voisin à la distance du jet d'une flèche. Les ruches doivent être placées à trois cents pieds des fonds voisins, les oliviers et figuiers à neuf pieds, et les autres arbres à cinq.

Les Romains avaient aussi l'usage de laisser un espace, tant entre leurs plantations qu'entre leurs édifices et ceux de leurs voisins; et il y a lieu de croire qu'ils l'observaient ainsi, avant même d'avoir été chercher à Athènes le modèle des lois des douze tables. Quoi qu'il en soit, cet espace est ce que les lois romaines appellent *ambitus* ou *la circonférence*; on le connaît dans les pays de droit écrit, sous le nom d'*investison* ou *invétison*, sans doute parceque cet espace environne les propriétés de chacun, et les *investit*, pour ainsi dire.

Pour se borner à ce qui concerne les maisons en particulier, les lois des douze tables parlent bien de l'*ambitus*, mais elles ne nous apprennent point en quoi il consistait. On le trouve expliqué dans l'abrégé de Festus, *de verborum significatione*, au mot *Ambitus*, page 250. On y voit qu'il était de deux pieds et demi: *Ambitus* (dit-il) *propriè dicitur inter vicinorum ædificia locus duo pedum et semi pedis ad circumeundi facultatem relictus*; cet auteur ajoute, quelques lignes après: *Ambitus propriè dicitur circumitus ædificiorum patens in latitudinem pedes duos et semissem, in longitudinem idem quod ædificium*.

C'est de là, suivant la remarque du même auteur et de Revardus (*Variorum*, liv. 5), qu'on donna le nom d'*ambitus* aux brigues par lesquelles on *obsédait* et l'on *circonvenait*, si je puis me servir de ces expressions, le peuple et les magistrats dont on voulait obtenir la faveur.

Les choses restèrent dans cet état durant les premiers siècles de la république. Chaque maison formait une île, et on lui en donnait le nom. Mais lorsque l'accroissement de la puissance romaine multiplia la population, le terrain devint plus précieux; et la ville de Rome, quelque extension qu'on donnât à ses limites, ne contint qu'avec peine ses nombreux habitans. La plupart des propriétaires voisins réunirent donc leurs maisons, et l'on abandonna une manière de bâtir qui ne pouvait d'ailleurs que produire un effet désagréable à la vue. La mitoyenneté des murs s'étant établie, on appela désormais *insula* (comme le remarque Festus, page 302) une suite d'édifices contigus les uns aux autres; et c'est encore aujourd'hui le nom dont on se sert dans bien[e] des villes d'Italie, pour désigner les différens quartiers d'une ville. Mais il paraît que, par suite de l'ancien usage, on continua à nommer *île* la maison de chaque particulier, lors même qu'elle avait des murs communs avec les maisons voisines; et c'est par là, sans doute qu'on peut expliquer la loi *quidam Hiberus*, *pr.* D. *de servitutibus urbanorum prædiorum*, qui a embarrassé Cujas (*Observ.*, *lib.* 1, *cap.* 4) et tant d'autres interprètes.

Après le terrible incendie que Rome essuya huit cent seize ans après sa fondation, Néron rétablit l'ancienne manière de bâtir. On peut voir dans Tacite (1) les précautions dont on fit usage pour prévenir de pareils désastres à l'avenir. On défendit expressément la communauté des murs, et l'on ordonna que chaque maison serait entourée des siens propres (2). Mais une constitution d'Antonin et de Vérus ordonna, dans le siècle suivant, que le propriétaire d'une place vide qui ne devait de servitude à personne, ou tout autre particulier, avec le consentement du propriétaire, pourrait y bâtir, en laissant l'espace prescrit par les lois entre son bâtiment et l'île voisine (3). A compter de cette époque, les maisons recommencèrent à se joindre de plus près, et à avoir des murs communs, en laissant seulement subsister le circuit des îles (4).

Quoi qu'il en soit, on fit dans la suite plusieurs réglemens pour déterminer l'espace que les particuliers devaient laisser entre leurs maisons et les greniers, et les autres édifices publics. Mais on n'en voit plus qui aient pour objet la séparation des bâtimens des particuliers.

Constantin ordonna qu'on laisserait un intervalle de cent pieds jusqu'aux greniers publics, pour en prévenir les incendies (5). Arcadius et Honorius déterminèrent à quinze pieds l'espace qui devait subsister entre les édifices publics et les maisons des particuliers; en ordonnant la démolition des bâtimens qui y seraient adhérens (6). Ils voulurent de plus qu'on laissât le même espace entre les édifices publics et ces grands balcons qu'on appelait *mœniana*, en permettant seulement de ne laisser que dix pieds d'intervalle, lorsqu'il ne s'agirait que d'édifices particuliers (7).

Il serait inutile de rapporter ici les lois postérieures à Théodose, qui ont fait des

(1) *Annalium lib.* 15. *cap.* 42.
(2) *V. ibid.*, et le commentaire de Juste-Lipse.
(3) Loi 14, D. *de serv. urb. præd.*
(4) Heineccius, *antiq. roman.*, *lib.* 2, *tit.* 3, §. 4.
(5) Loi 4, C. Théodos., *de operibus publicis.*
(6) Loi 42, C. Théodos., *eod. tit.*
(7) Loi 9. C. *ædif. privat.*

changemens dans l'étendue de ces intervalles. Outre que ces changemens sont assez inutiles à connaître aujourd'hui, on sait que c'est le Code théodosien qui fut adopté dans les Gaules, et que les lois de la plupart des successeurs de Théodose n'eurent aucune autorité dans ces provinces, qui furent soustraites à l'empire romain peu de temps après. On a fait voir au mot *Invétison*, que les anciens usages des Romains sur l'*ambitus*, avaient eu lieu dans les Gaules, et qu'il en restait encore bien des traces dans les pays de droit écrit. C'est cet espace qu'on y connaît sous le nom d'*investison* ou *invétison*, soit qu'il subsiste à l'extrémité d'une maison, soit qu'il se trouve à l'extrémité d'une pièce de terre (1).

On voit du moins que chacun ayant pris cet espace sur son propre fonds, avait bien droit d'y passer et de s'en servir pour construire ou pour réparer ses bâtimens. Mais ce n'était point là une servitude : c'était un droit de propriété qui suivait la maison, qui ne pouvait être aliéné et être prescrit qu'avec elle; et l'on ne trouvera pas, dans le corps de droit, une seule loi qui puisse s'appliquer à la servitude du Tour d'échelle en particulier.

Dupineau, dans ses observations sur l'art. 450 de la coutume d'Anjou, après avoir demandé *comment il en sera usé de la part des voisins qui n'ont de servitude les uns sur les autres*, dit bien, « que de disposition de droit, » il fallait se prêter patience les uns aux autres » *quant aux réfections* ; et que, si on ne la » prêtait pas, ou si on l'empêchait, c'était une » espèce de violence ». Il cite à cette occasion la loi *refectionis*, §. 1, D. *communia prædiorum*, la loi *loci*, §. 5, D. *si servitus vindicetur*, la loi *veteres*, D. *de itinere actuque privato*, et la loi *servus*, §. dernier, D. *de rivis;* mais il résulte uniquement de ces lois, que le propriétaire du fonds assujéti à une servitude, est tenu de laisser l'espace nécessaire pour le passage des ouvriers qui travaillent aux ouvrages dont on a besoin pour l'usage de la servitude. Pas une d'elles ne parle du passage sur le fonds voisin non sujet à une servitude particulière.

Parmi nous, la contiguité des murs de clôture dans les maisons des villes, rend très-important le droit de faire passer ses ouvriers par la maison voisine, et d'y planter des échelles, lorsqu'il y a des réparations à faire aux murs de clôture et aux toits qui posent dessus. Ce droit sur le fond d'autrui est véritablement ce qu'on appelle servitude du *Tour de l'échelle*, quoiqu'on donne aussi le même nom à l'*investison*, c'est-à-dire, à l'espace que chacun peut laisser sur son propre terrain au-delà de ses murs de clôture, afin de pouvoir les rétablir plus facilement.

C'est ce qu'on peut voir dans l'acte de notoriété du châtelet, du 23 août 1701, où ces deux droits ne sont pas néanmoins distingués avec toute la précision nécessaire.

Suivant la requête relatée en tête de cet acte, la dame de Cambray, veuve du sieur Duplessis, avait exposé que, « par un traité » fait entre elle et Nicolas Devaux, il avait » été convenu que, *pour séparer les cours* » *et le jardin des parties*, ledit Devaux ferait » à ses frais un mur, *au lieu des haies et pa-* » *lissades qui séparaient lesdites cours et jar-* » *din*, et dans le même alignement, avec sti- » pulation que ladite dame Duplessis se » réservait le Tour de l'échelle le long du mur » du côté dudit Devaux, en cas qu'elle voulût » construire quelque bâtiment contre ledit » mur ».

On voit que le *Tour de l'échelle*, dont on parlait dans cette requête, était bien une servitude, et qu'il avait pour objet le fonds voisin, puisque le mur dont il s'agissait, *séparait les cours et le jardin des parties*. La dame Duplessis demandait, en conséquence, qu'il lui fût donné acte de notoriété *de quelle étendue doit être le Tour de l'échelle, suivant l'usage du châtelet*.

L'acte de notoriété donné sur cette requête, est ainsi conçu : « Nous attestons... que le Tour » de l'échelle est de trois pieds de distance » du pied du mur au rez-de-chaussée, à la- » quelle distance l'échelle doit être mise pour » être posée au haut du mur, lequel Tour de » l'échelle ne s'établit pas sans titre, entre » voisins, d'autant que celui qui bâtit, peut » bâtir sur son héritage jusqu'à l'extrémité » d'icelui, ou un mur mitoyen, auxquels cas » il n'y a point de droit pour le Tour de l'é- » chelle ; et s'il convient faire quelque réta- » blissement à un mur non mitoyen, mais » bâti entièrement sur l'héritage de celui qui » peut le faire rétablir, il doit faire le service » et les ouvrages de son côté, respectivement ; » et *si une personne, en bâtissant un mur,* » *s'est retirée sur soi de trois pieds*, comme » il est propriétaire de ces pieds, *c'est en ce* » *cas qu'il a droit du Tour de l'échelle ;* ce » qui n'est pas une servitude, mais une jouis- » sance du droit que chaque propriétaire a de » jouir de son héritage ; ce que nous attestons » être l'usage qui se pratique au châtelet.... »

On suppose, dans cet acte de notoriété, que le Tour de l'échelle n'a lieu que sur son

(1) *V.* le dernier chapitre des *Règles de droit*, par Duval La Lissandière.

propre terrain, lorsqu'on a bâti trois pieds en-deça des limites de son propre fonds. Cependant il est clair que, dans ce cas, on n'a pas seulement le droit de Tour de l'échelle, mais aussi une propriété complète du fonds, suivant l'acte même de notoriété ; et comme on ne peut pas séparer les droits qu'on a sur son propre fonds, de la propriété même de ce fonds, il s'ensuit qu'on ne peut dire que très-improprement, dans ce cas, qu'on a *le droit du Tour de l'échelle*.

Les commentateurs de la coutume de Meaux ont beaucoup mieux défini ce droit. Lecomte, dans son commentaire manuscrit, composé en 1578, l'explique ainsi : *Jus, seu servitus scalarii habendi ea est quâ licet vicini fundum ingredi ut ædium tectum vicinus*, cui talis servitus debetur, *reficiat, et scalas ad murum communem liberè habere in refectionem tecti ædium suarum, et quæ necessaria sunt ad tectum vel parietem reficiendum vicini habere, donec tectum sit refectum ; eâ tamen lege, ut reficiens rudera sive ruta et cæsa ex fundo vicini tollat, extrà ullum vicini damnum* (1).

Bobé, sur l'art. 75 de la même coutume, dit aussi que « l'échellage est *une servitude* » qui donne droit à celui à qui elle est due, » lorsqu'il fait refaire son mur ou son bâti» ment, de poser une échelle *sur l'héritage* » *d'autrui*, et d'occuper l'espace de terre qui » est nécessaire pour le Tour de l'échelle ».

Rien n'empêche néanmoins qu'on n'appelle aussi *Tour de l'échelle*, l'espace dont un propriétaire s'est reculé sur son propre terrain, pourvu qu'on ne le confonde pas avec le simple droit ou la servitude de ce nom.

§. II. *De la manière d'acquérir et de prouver la servitude du Tour de l'échelle.*

I. D'après notre manière ordinaire de bâtir, il semble assez naturel de conclure que le Tour de l'échelle est une servitude légale qui résulte du seul fait du voisinage, sans qu'il soit besoin de titre pour l'établir.

Quelques coutumes paraissent autoriser cette prétention.

L'art. 204 de la coutume de Melun porte que, « quand aucun fait édifier ou réparer son » héritage, son voisin est tenu lui donner et » prêter *patience et passage* pour ce faire, en » réparant ce qui aura été rompu, démoli ou » gâté ».

La coutume d'Etampes dit la même chose, art. 48. « cela est fondé (dit Lamy, com» mentateur de celle-ci) sur l'humanité, cha» rité et équité naturelle, par laquelle on est » obligé d'accommoder son voisin. Cette pa» tience est une succession légale, civile, » mutuelle et reciproque. Celui qui n'a autre » passage que sur la terre de son voisin, peut » passer sur icelle, pour tirer les fruits de » son héritage, en lui payant le dédommage» ment suivant l'estimation, la société hu» maine désirant qu'on s'aide mutuellement. » Loi *Si mercedem*, §. 11, D. *de actionibus* » *empti* ».

La coutume d'Orléans, art. 240, et celle de Dunois, locale de Blois, art. 62, ont aussi la même disposition. La coutume d'Orléans ajoute seulement « qu'on ne peut, pour raison » de ce, acquérir droit et possession contre » ni au préjudice de celui qui a donné ou souf» fert ladite patience de reparer ou édifier.

La coutume de Dunois prononce la même restriction dans des termes peu différens, et l'on doit la suppléer dans les coutumes d'Etampes et de Melun.

Il est bien clair que, dans toutes ces coutumes, le droit du Tour de l'échelle a lieu sans titre et sans possession. C'est une faculté accordée par la seule qualité de voisin, une espèce de servitude légale ; et c'est ce qui fait dire à Lalande, dans son commentaire sur la coutume d'Orléans, que « la patience de répa» rer ou édifier, donnée par le voisin, n'attri» bue aucun droit à l'encontre de lui ; et l'au» tre partie qui a bâti, ne peut dorénavant, en » conséquence de ce, prétendre sujetion sur » son héritage. Ce n'est (ajoute-t-il), ni ser» vitude, ni usage, ou autre droit, ains une » tolerance momentanée, et une simple fa» culté introduite par la loi municipale pour » l'utilité publique ».

D'autres coutumes décident au contraire que le droit d'échellage n'a pas plus lieu sans titre que toute autre espèce de servitude.

L'art. 75 de celle de Melun porte que « la » tolerance ou souffrance d'aucun qui a souffert » autrui avoir vue, aigoust, ou *échellage* en son » héritage, ne donne, ne fait acquerir jouis» sance contre lui, sans titre expres, sinon » qu'il l'eût voulu empêcher ou contredire, et » que, nonobstant son empêchement ou con» tradiction, celui qui aurait eu auparavant » lesdites vue, aigoust ou échellage, en eût » joui ; *et en ce cas, il pourrait prescrire les*» *dites servitudes par long espace de temps* ».

L'art. 179 de la coutume de Bar est absolument semblable, si ce n'est qu'au lieu de ces derniers mots, la fin de l'article dit plus clai-

(1) Ce commentaire est cité dans le glossaire de Laurière, au mot *Echellage*.

rement encore qu'*en ce cas l'on pourrait prescrire lesdites servitudes par trente ans après ledit empêchement ou contradiction.*

Bobé, sur la coutume de Meaux, observe avec raison qu'on doit aussi entendre le terme de trente ans par ce *long espace de temps* dont parle sa coutume.

Enfin, la coutume de Reims, art. 378, n'accorde le droit d'échellage qu'en conséquence du droit de goutières, et seulement lorsqu'il est question de réparer le toit d'où dépend cette servitude : « s'il est besoin (y est-il dit) » de recouvrir un toit, *et la goutte tombe sur* » *son voisin*, tel voisin est tenu de bailler » place pour les échelles, et ne le pourra em» pêcher ».

« Cette espèce de servitude de pouvoir dres» ser les échelles dans l'héritage de son voi» sin, *pour recouvrir son toit* (dit Buridan), » ne peut être due qu'en conséquence de celle » d'égoût, qui est du nombre des servitudes » urbaines, et est appelée en droit *jus stillicidii*. C'est pourquoi, c'est un préalable de » savoir si cette dernière est due, avant que » de pouvoir prétendre celle dont il est parlé » au présent article; l'une et l'autre desquel» les, par le 350e article de cette coutume, ne » se peut acquérir par tel laps de temps que ce » soit, sinon par titre, ou chose équipollente » à titre, tels que la destination du père de » famille; hors lesquels cas, l'un des voisins » ne la peut prétendre sur l'autre, tous héri» tages étant présumés libres, s'il n'appert du » contraire; et conséquemment si le voisin » ne fait apparaître suffisamment de son droit » d'égoût, en vain pourra-t-il prétendre le » droit de pouvoir dresser ses échelles sur son » voisin ».

On voit que la décision de cette coutume n'est que l'expression de la raison naturelle et de plusieurs lois romaines, suivant lesquelles le propriétaire du fonds servant est tenu d'y laisser faire tout ce qui est nécessaire pour l'établissement ou l'entretien de la servitude, et particulièrement d'y fournir un passage pour les ouvriers employés à cet effet, lors du moins qu'il n'y en a pas d'autre. Aussi Loysel en a-t-il fait la règle treizième du titre *des servitudes* de ses *institutes coutumières* (1).

Mais on demande si, dans les coutumes muettes et dans les autres cas, le voisin, dont le fonds n'est assujéti à aucune servitude, est obligé d'y donner passage aux ouvriers de son voisin, et d'y laisser placer des échelles pour réparer ou construire les murs de clôture et les toits de celui-ci.

La question ne peut pas souffrir de difficulté, lorsqu'il s'agit de la réfection ou réparation d'un mur mitoyen, puisque ce mur ne dépend pas plus d'une maison que de l'autre : c'est l'observation que fait, sur l'art. 203 de la coutume de Paris, un auteur anonyme dont le manuscrit est transcrit par Ferrière, à la suite de sa compilation sur le titre *des servitudes* de la coutume de Paris : « En la démo» lition et réfection des murs, cloisons et au» tres choses mitoyennes et communes (dit» il), chacun des propriétaires doit être soulagé » et aussi également incommodé, tant pour » loger les matériaux, les passages des ou» vriers, que le bruit d'iceux, et ce pour » prendre alignement et déclaration de la » chose commune, ou pour la soutenir, ou » autrement; et s'il faut rompre quelque cho» se, en quelque lieu que ce soit, il doit être » promptement réparé aux dépends communs » des propriétaires de la chose pour laquelle » la rupture aurait été faite ».

Coquille, quest. 75, décide que cette faculté de passer chez son voisin, a lieu lors même qu'on veut faire reconstruire le mur mitoyen sans nécessité, pour lui donner une forme *plus somptueuse en cas que cette nouvelle structure fut utile, et non nuisible à celui qui est semons de contribuer.*

La question est plus difficile à décider pour les murs non mitoyens, et sur lesquels il n'y a pas de servitudes.

Godefroi, sur l'art. 607 de la coutume de Normandie, décide que le voisin est tenu de prêter patience, lorsque la réparation ne peut pas être faite autrement.

Dupineau, sur l'art. 450 de la coutume d'Anjou, non-seulement adopte cette décision, mais paraît croire aussi que, dans tous les cas, le voisin est tenu de fournir passage à son voisin pour les réparations, et même pour *les menues*. Il se fonde, pour cela sur les dispositions des coutumes de Dunois, Etampes, Melun et Orléans, qu'on a rapportées ci-dessus, et sur quelques lois romaines.

Bannelier dit la même chose dans sa note 332 sur le *Traité des Servitudes à l'usage de Bourgogne*, par Davot. Il se fonde sur les mêmes lois; mais on a fait voir dans le §. 1, qu'on ne peut appliquer ces lois qu'au cas où

(1) C'est par inadvertance que de Laurière cite l'art. 75 de la coutume de Meaux, sur cette règle de Loysel, et que Davot, dans son *Traité des servitudes à l'usage de Bourgogne*, n° 50, dit que, *suivant la coutume de Meaux, art. 73*, (ou plutôt 75), *les Droits d'égoût et d'échellage sont la même chose, c'est-à-dire, que qui a l'un a l'autre.* C'est la coutume de Reims, et non celle de Meaux, qui dit cela.

l'on a une servitude suivant la règle donnée par la coutume de Reims.

On a vu encore dans le même paragraphe, qu'un acte de notoriété du châtelet, de 1701, atteste que la servitude du Tour de l'échelle ne doit pas être admise sans titre. Cette décision paraît la plus régulière. Dès que le Tour de l'échelle est une servitude, on doit suivre les principes généraux de ces sortes de droits, à moins qu'il n'en soit excepté par une loi particulière. Dans tous les cas, chacun doit bâtir sa maison de manière à n'avoir pas besoin de passer chez son voisin pour la reconstruire ou la réparer; et si la situation des lieux nécessitait absolument ce droit de passage, on pourrait seulement obliger le voisin a le vendre, comme on le pratique, lorsqu'on a un domaine entouré de toutes parts des possessions d'autrui. Mais il n'y a pas plus de raison dans le premier cas que dans les derniers, pour attribuer le passage de plein droit. On y peut seulement admettre la destination du pere de famille, comme par les autres Servitudes.

Il faut donc dire que le Tour de l'échelle n'est pas une servitude légale, et qu'il ne peut pas même être acquis sans titre, par quelque possession que ce soit, dans les coutumes qui rejettent la prescription de toutes les servitudes en général, ou des servitudes urbaines et discontinues en particulier, et qui n'ont pas d'exception en faveur du droit d'échellage.

Dans les coutumes, au contraire, et dans les pays où ces sortes de servitudes s'acquièrent par la prescription, le droit d'échellage peut être acquis et prouvé de la même manière.

C'est ce qui paraît avoir été jugé par un arrêt du 22 décembre 1706, rendu au parlement de Dijon.

Dans l'espèce de cet arrêt, Pierre-Nicolas Blanchot, et Oudette Bossuet, sa femme, demandaient, entr'autres choses, « 1° que le » sieur Henrion retirât les constructions qu'il » avait faites sur le derrière de sa maison, et » qu'il avait appuyées contre le goutterot de » la leur, en sorte que les jours anciens » qui avaient été pratiqués en le faisant, n'en » fussent bouchés ni obscurcis; 2° qu'il y lai- » sât un espace de terrain libre et suffisant » *pour y passer et y tourner une échelle à* » *monter les ouvriers sur le couvert*, soit » pour le réparer, soit pour y poser de nou- » veaux chêneaux qui portassent, par un » corps de fer-blanc, les eaux du couvert des » sieur et dame Blanchot, dans la cour de la » maison du sieur Andrion ».

Une sentence des requêtes du palais de Dijon avait débouté les sieur et dame Blanchot de leurs demandes. Sur leur appel, ils soutinrent que les deux maisons venaient du même auteur, et que les jours étaient aussi anciens que le mur. Ils prouvèrent qu'ils avaient la possession ancienne du droit de vue et d'égoût. Le sieur Henrion prétendait au contraire que cette possession ne suffisait pas. Il déniait les autres faits des adversaires. Il soutenait *qu'il avait été reconnu* par les experts, que les ouvriers du sieur Blanchot *pouvaient passer par d'autres endroits que par sa maison pour la réparation de leur couvert et goutterot*.

L'arrêt rendu, au rapport de M. Epiard de Vernot, met l'appellation et ce dont était appel au néant; et par nouveau jugement, « con- » damne ledit Henrion à abaisser les construc- » tions qu'il avait fait faire et appuyer contre » ledit mur ou goutterot, par derrière de la » maison desdits Blanchot et Bossuet, en sorte » qu'elles n'outre-passent point la hauteur de » l'ancien bâtiment joignant ledit mur; et en » conséquence, lui enjoint de retirer les ma- » tériaux qu'il a appuyés sur les fenêtres dudit » goutterot, pour que les jours qui y ont été » pratiqués au-devant dudit ancien bâtiment, » n'en soient bouchés ni obscurcis....; avant » de faire droit sur la demande à ce qu'il soit » dit qu'en cas de réparations à faire sur le » couvert de leur maison dans les chénaux » et corps de fer-blanc qui en reçoivent les » eaux pluviales et les portent dans la cour de » la maison dudit Henrion, *les ouvriers auront* » *la liberté de passer avec leurs échelles et* » *matériaux par ladite cour*, sans préjudice » de toutes fins et exceptions, *ordonne que* » *lesdits Blanchot et Bossuet feront preuve,* » *que tant eux que leurs auteurs, ont de* » *tout temps passé par la maison dudit Hen-* » *rion avec les ouvriers et matériaux, pour* » *faire faire lesdites réparations*, notamment » pour y monter la dernière chanlatte, etc, » sauf preuve contraire, etc. ».

Bannelier, qui rapporte cet arrêt plus au long dans sa note 338 sur Davot, observe qu'il était question d'une servitude volontaire et non pas d'un droit d'échellage nécessité par une autre servitude.

« Il paraît (dit-il) qu'il y avait un autre passage pour la réparation du couvert et du goutterot de Blanchot; dès lors, ce n'était plus là ce qui s'appelle *prêter patience*, qui n'a lieu qu'en cas qu'il n'y ait aucun autre moyen pour réparer un bâtiment.

» D'ailleurs l'arrêt n'eût pas ordonné une preuve, s'il n'eût été question que de prêter patience; il y aurait prononcé définitivement. C'était donc une vraie servitude que prétendait l'huissier Blanchot... C'est pour marquer

qu'il s'agissait d'une vraie servitude, que l'huissier Blanchot fut chargé de prouver sa possession.

» L'arrêt n'exigea point de titre, quoiqu'il fût question d'une servitude urbaine et de maison. Mais la servitude étant, 1° vraiment discontinue, 2° non apparente, et y ayant du moins de grands indices d'un autre passage praticable, l'arrêt dit que l'huissier Blanchot et sa femme feraient preuve qu'*eux et leurs auteurs avaient de tout temps passé*, etc., afin que, n'apparaissant pas qu'on eût fait passer ailleurs les échelles et les ouvriers en aucun temps, le passage en question ne pût être réputé l'effet d'une simple tolérance entre voisins ».

Un autre arrêt, rendu au même parlement le 2 juin 1750, paraît aussi avoir admis la prescription trentenaire du droit d'échellage.

Denis Mongin, marchant à Geverey, avait un domaine situé à Gilly en Bourgogne. Les bâtimens en étaient contigus à une maison appartenante aux nommés Picardo, de laquelle ils étaient séparés par deux murs. Dans l'angle formé par ces deux murs, Mongin avait un petit bâtiment construit d'ancienneté, mais dont la couverture, qui était à deux pans, portait les eaux de l'un des pans sur le fonds des Picardot. Cette construction avait toujours subsisté dans la même forme, sans que les Picardot eussent jamais fait à cet égard la plus légère plainte; et la veuve Montagne, qui était propriétaire de ce domaine avant le sieur Mongin, faisait poser les échelles et dresser les échafauds des ouvriers sur le fonds des Picardot, lorsqu'elle était obligée de faire quelques réparations aux murs de sa maison.

Les religieux de Cîteaux ayant acquis la maison des Picardot, eurent quelques contestations avec le sieur Mongin, relativement à la propriété et mitoyenneté des murs de clôture. Les parties se rapprochèrent; et le 28 juin 1744, on convint, par une transaction, 1° qu'il n'y aurait aucun mur mitoyen entre eux; 2° que les religieux auraient droit d'échellage sur le fonds du sieur Mongin; 3° que le petit bâtiment dont il s'agissait, était construit sur le fonds du sieur Mongin, et lui appartenait en toute propriété.

C'est ainsi que Lalaure, qui rend compte de cet arrêt, liv. 2, chap. 6 de son *Traité des servitudes*, énonce cette transaction. Il ne dit point si la propriété des murs de séparation fut attribuée au sieur Mongin ou aux religieux; mais la suite paraît annoncer qu'on avait entendu en abandonner la propriété au sieur Mongin.

En 1746, les religieux de Cîteaux ayant fait élever deux appentis contre le mur et le pignon du sieur Mongin, qu'ils percèrent à cet effet, ce dernier les somma de rétablir les choses dans leur premier état. Les religieux acquiescèrent à cette sommation; mais ils soutinrent que le sieur Mongin perdrait à l'avenir le droit de poser l'échelle sur leurs fonds, pour réparer, soit ses murs, soit ses couvertures, à moins qu'il n'eût titre pour le faire. Ce qui fut cause que, le 26 avril 1747, le sieur Mongin fit assigner les religieux au bailliage de Nuits, *pour voir dire qu'il serait maintenu au droit et en la possession de poser échelle sur le fonds des religieux, pour réparer, soit ses murs, soit ses couverts, à la charge d'indemniser de tout le dommage que causeraient les ouvriers.*

Cette instance ayant été évoquée par les religieux aux requêtes du palais, ils y soutinrent que les droits d'échellage et d'égoût ne pouvant s'acquérir en Bourgogne par la prescription, leurs fonds devaient être déclarés libres et exempts de ces servitudes.

Ces moyens furent rejetés par une sentence du 16 août 1748, qui ordonna, *avant faire droit, que ledit Mongin serait tenu de faire preuve, tant par titres que par témoins, qu'il était en possession des droits d'égoût et d'échellage par lui prétendus sur le terrain des religieux de Cîteaux, trente ans avant l'instance, sauf preuve contraire, tous dépens réservés.*

Les religieux de Cîteaux interjetèrent appel de cette sentence; mais le 2 juin 1750, les parties passèrent l'arrêt d'expédient, qui suit:

» La cour a mis l'appellation et ce au néant, » et par nouveau jugement, évoquant le prin» cipal et y faisant droit, met les parties hors » de cour et de procès; en conséquence, or» donne que les constructions faites par les » religieux de Cîteaux sous le goutterot de » l'intimé, tant au levant qui lui appartient » en toute propriété, que contre le pignon de » ladite serre au septentrion, demeureront » dans l'état qu'elles sont, et néanmoins que » les appelans supporteront les eaux de la » serre du côté de l'intimé; permet à l'intimé, » lorsqu'il y aura des réparations à faire dans » son mur et sur les couverts de ses bâtimens, » du côté du levant seulement, de les faire en » passant sur le fonds des appelans, et d'y po» ser des échelles, à la charge néanmoins par » ledit intimé de payer audit cas les domma» ges que ses ouvriers et matériaux pourraient » causer aux bâtimens des appelans, même » d'enlever les matériaux et de les décombrer » à ses frais, dépens des causes principales et » d'appel entre les parties compensés ».

Lalaure observe que les parties s'accommodèrent, après la plaidoirie des religieux de Cîteaux, par la médiation de M. l'avocat-général Genreau; mais qu'on lui avait assuré *que la plus grande partie de MM. étaient de l'avis de la prescription*, comme on l'avait jugé aux requêtes du palais.

[[II. Aujourd'hui, la servitude du Tour de l'échelle, considérée en elle-même et isolément, ne peut, dans aucune partie de la France, être établie que par un titre exprès: c'est la conséquence de l'art. 691 du Code civil, qui déclare imprescriptibles toutes les *servitudes discontinues*.

Mais lorsque cette servitude est accessoire à celle d'égoût des toits, qui est à-la-fois continue et apparente, elle s'acquiert par une possession de trente ans. Cela résulte des art. 688 et 690 du même Code.]]

§. III. *De l'étendue du Tour de l'échelle, et de la manière d'user de cette servitude.*

I. Nous n'avons aucune loi pour déterminer l'étendue du Tour de l'échelle; car nous avons vu dans le §. 1, qu'on doit distinguer ce droit de *l'ambitus*, ou investison des Romains, qui n'allait qu'à deux pieds et demi à-peu-près, lorsqu'il était question d'un édifice particulier.

Tronçon, sur l'art. 190 de la coutume de Paris, et Pothier, d'après lui, sur l'art. 511 de la coutume de Bourbonnais, le règlent de la même manière à deux pieds et demi.

L'acte de notoriété du 23 août 1701, dont on a rendu compte dans le §. 1, dit que *le Tour de l'échelle est de trois pieds de distance du pied du mur au rez-de-chaussée, à laquelle distance l'échelle doit être mise pour être posée au haut du mur.*

Ferrière et Denisart, aux mots *Tour de l'échelle*, le *Praticien universel*, tome 4, page 60 de l'édition de 1713, et Desgodets sur l'art. 210 de la coutume de Paris, n° 9, suivent tous cet acte de notoriété.

Bobé, sur la coutume de Meaux, et Laurière, au mot *Echellage*, disent que le Tour de l'échelle *peut aller à cinq ou six pieds.*

Pour être conséquent dans cette matière, on doit d'abord distinguer les coutumes, telles que celles d'Etampes, Dunois, Melun et Orléans, où le passage sur le fonds du voisin, pour construire ou réparer son propre fonds, est accordé de plein droit, et forme une espèce de servitude légale. Dans ces coutumes, le droit de Tour de l'échelle doit être interprété d'une manière plus étendue, par cela seul qu'il est réciproque: il doit comprendre tout l'espace dont le voisin peut avoir besoin pour réparer ou construire commodément sa maison, pourvu que cela ne nuise pas trop au propriétaire voisin. Il doit, par exemple, être bien plus étendu, lorsqu'il s'agit de l'exercer dans une grande cour, que lorsqu'il a lieu sur un terrain occupé par des chambres.

On doit néanmoins remarquer, à cet égard, que, dans les coutumes qui n'admettent le droit du Tour de l'échelle qu'en vertu de la convention, ou d'une présomption de convention, telle que la prescription l'établit, il n'est pas permis de construire des édifices qui puissent en gêner l'exercice; au lieu que, dans le petit nombre de coutumes où c'est une servitude légale, ou plutôt un droit de voisinage établi par la coutume, chacun des voisins peut disposer de son fonds comme il le juge à propos, sauf à y *prêter patience* à son voisin, autant que la nature des lieux le permettra lorsqu'il y aura lieu d'user de ce droit. Cette différence résulte de la nature même de choses.

Il n'est pas besoin de dire que le Tour de l'échelle conventionnel peut avoir telle étendue qu'on aura stipulée dans l'acte qui établit cette servitude. Mais lorsque l'acte n'en dit rien, il paraît juste de se conformer à l'acte de notoriété de 1701. Quelque médiocre que puisse paraître l'espace de trois pieds, à quoi on réduit le Tour de l'échelle par cet acte de notoriété, il faut bien qu'il soit suffisant pour les édifices ordinaires, puisque l'usage l'a adopté pour la capitale, où les édifices sont généralement plus élevés que dans aucune autre ville. On ne pourrait donner plus d'étendue au Tour de l'échelle, qu'autant qu'il y aurait un usage bien constant, à cet égard, dans le lieu de la situation de la maison qui aurait cette servitude.

Lalande observe avec raison, sur l'art. 240 de la coutume d'Orléans, que « celui qui répare sa maison, et par la nécessité de construire les œuvres de maçonnerie, charpenterie et autres, entre dans l'héritage d'autrui, se doit comporter en telle manière qu'il incommode le moins qu'il pourra, et n'usurpe rien présentement ou à l'avenir sur les droits et la liberté de son voisin; auquel sujet convient fort bien le texte de la loi *domum*, 61, D. *de regulis juris: Domum suam unicuique reficere licet, dùm non officiat invito alteri, in quo jus non habet* ».

Lecomte, dans son commentaire manuscrit sur l'art. 70 de la coutume de Meaux, observe aussi que celui qui fait usage du droit d'échel-

lage, doit faire enlever tous les décombres qui sont tombés sur le fonds du voisin, de manière qu'il n'en souffre aucun dommage.

Cela est conforme aux dispositions des coutumes d'Orléans, Etampes, Melun et Dunois, qui disent expressément que celui qui édifie, est tenu *de réparer et amender en diligence ce qu'il aurait rompu, démoli et gâté à son dit voisin.*

II. Desgodets, dans ses notes sur l'art. 210 de la coutume de Paris, nos 10 et suivans, fait diverses observations qui paraissent justes en elles-mêmes, mais qui ne conviennent qu'au Tour de l'échelle, considéré comme propriété, et non pas à la servitude qui porte ce nom.

« 1° (dit-il), Si celui qui s'est clos le premier, a laissé l'espace du Tour de l'échelle hors de ses murs, et qu'il y en ait un acte valable qui le prouve, le voisin qui se veut clore ensuite, peut faire construire un autre mur, joignant ses moyens à l'espace que le premier a laissé de son héritage hors ce mur premier fait, en sorte qu'il resterait une ruelle qui appartiendrait au premier.

» 2° Si celui à qui appartient l'espace du terrain qui aurait été laissé pour le Tour de l'échelle, voulait le remettre dans son clos, il pourrait démolir son premier mur, et contraindre l'autre à recevoir le remboursement de la moitié du second mur, et du fonds sur lequel il serait assis, suivant les art. 194 et 212 de la coutume. C'est pourquoi, dans les cas précédens, celui qui se voudrait clore le dernier, ferait bien de faire des offres au premier de lui payer la valeur du terrain de l'espace du Tour de l'échelle, ensemble le remboursement de la moitié de la valeur du mur et de son fonds, et, par ce moyen, rendre mitoyen le mur; ce qui leur épargnerait à tous deux la dépense de deux murs : mais cela ne pourrait se faire que de gré à gré, et non pas par contrainte.

» 3° Enfin, l'acte de notoriété du châtelet fixant la largeur du Tour de l'échelle à trois pieds, il s'ensuit que celui qui voudrait construire un édifice sur son héritage, dont le toit aurait son égoût par le côté de l'héritage de son voisin, serait tenu de laisser un espace de son terrain en forme de ruelle, de trois pieds de large, entre la face du mur de son édifice, et la ligne qui sépare son héritage de l'héritage de son voisin, pour recevoir les eaux du toit de son édifice, et de donner de la pente à cette ruelle, pour y faire couler ces eaux par chez lui, en sorte que l'héritage de son voisin n'en fût pas incommodé. Et si, pour séparer les héritages, il y avait un mur mitoyen, ou appartenant à l'autre voisin seul, celui qui ferait écouler les eaux du toit de son édifice par la ruelle du Tour de l'échelle, serait aussi tenu de la faire paver; pour empêcher l'eau de pénétrer aux fondemens du mur de séparation des héritages. »

Cæpolla, *de servitutibus*, chap. 11, no 6, demande si le propriétaire d'un mur de clôture peut y ouvrir une porte, pour aller au terrain du Tour de l'échelle. Il décide pour l'affirmative, soit que ce terrain appartienne en propriété à celui qui veut y ouvrir une porte, soit qu'il y ait seulement le droit d'égoût, parceque celui qui a une servitude, est aussi censé avoir le passage qui lui est nécessaire pour la conserver (*arg. l.* §. 1, D. *si usufructus petatur*). Je l'aivu, ajoute-t-il, pratiquer de cette manière, et je crois qu'on ne doit empêcher le voisin d'ouvrir une porte sur ce terrain, que lorsqu'il n'y a ni propriété ni droit de servitude; auquel cas, on n'a pas droit d'y passer contre le gré de son voisin. (Loi *divus*, D. *de servitutibus urbanorum prædiorum*).

La seconde de ces décisions doit souffrir beaucoup de difficultés; car de ce que j'ai un droit d'égoût ou de gouttière sur un terrain, il ne s'ensuit nullement que j'y aie un droit de passage habituel. Il suffit que mes ouvriers puissent y aller, lorsqu'il y a des réparations à faire pour cette servitude; et il n'est pas besoin, pour cela, d'une porte particulière; on peut fort bien passer par celle de son voisin.

III. On finira ce qui concerne cet article, par une observation relative aux édifices qui font partie du domaine de l'Etat. Les officiers du domaine prétendent que ces édifices ont, de plein droit, un Tour de l'échelle de dix-huit pieds, à cause de leur importance, qui exige plus de place pour les réparer. Ils prétendent aussi que les échoppes ou boutiques adossées contre les bâtimens domaniaux, et comprises dans l'espace de dix-huit pieds, font partie de l'enclos de ces bâtimens, et sont soumises à la même juridiction. (*V.* l'Encyclopédie, aux mots *Tour de l'échelle*).

Cette dernière prétention est une suite de la première, si l'on entend par le Tour de l'échelle un certain espace en propriété; mais il faut avouer qu'il n'y a ni loi ni usage certain qui attribuent ce privilége au domaine; et il y a plusieurs maisons de particuliers qui touchent immédiatement à des bâtimens domaniaux.

V. les articles *Chemin*, *Fossé*, *Haie*, *Indivision*, *Mur*, *Servitude*, *Voisinage*, etc. (M. Garran de M. Coulon).*

* TOURBE. Substance poreuse, communément légère et fibreuse, d'un brun noirâtre, grasse, bitumineuse et inflammable, laquelle se trouve dans certaines prairies, à une très-petite profondeur. Cette matière, qui depuis long-temps sert de chauffage dans les pays où elle est abondante et où le bois n'est pas commun, brûle assez bien; mais quoiqu'elle donne un feu très-vif, elle ne produit que peu de flammes, et elle répand, en brûlant, une odeur plus ou moins désagréable. Ces deux inconvéniens ont fait négliger l'usage de la Tourbe dans les endroits où l'on a été à portée de se procurer du bois commodément.

I. Quand on a tiré de la Tourbe d'un héritage, il devient, en quelque façon, inutile au propriétaire, attendu que, pendant un très-long espace de temps, ce n'est plus qu'un amas d'eau bourbeuse. C'est pour cela que, par arrêt du 30 septembre 1752, le grand conseil a jugé que *tourber un pré*, c'était aliéner le fonds; et qu'un bénéficier qui, sans nécessité et sans autorisation, avait *tourbé un pré* situé près de Pecquigny, était obligé d'employer au profit du bénéfice la valeur de ce qu'avait pu produire cette opération. Cet arrêt a été rendu en conséquence de plusieurs rapports d'experts et d'actes de notoriété donnés par le bailliage d'Amiens. *V.* l'article *usufruit*, §. 4, (M. Guyot.)*

[[C'est sur le même principe qu'est fondé l'avis suivant du conseil d'état, du 20 décembre 1808, que le chef du gouvernement a revêtu de son approbation le 30 janvier 1809:

« Le conseil d'état, qui, d'après le renvoi ordonné par S. M., a entendu le rapport de la section des finances sur celui du ministre de ce département, tendant à la répression d'abus préjudiciables aux intérêts de l'Etat, commis dans plusieurs départemens par des acquéreurs de domaines nationaux, et par lequel le ministre propose d'appliquer aux adjudicataires de biens dans lesquels il se trouve de la Tourbe, les dispositions des lois relatives au mode de jouissance des maisons, usines et bois....;

» Considérant qu'on doit appliquer le même droit où il y a même raison de décider; et que les terrains qui fournissent de la Tourbe, pouvant perdre beaucoup de leur valeur par le fait des acquéreurs de ces terrains, avant qu'il en aient soldé le prix, il est juste de prendre à leur égard les précautions consacrées par les lois pour les biens susceptibles de dégradation....;

» Est d'avis que le ministre des finances soit autorisé à faire insérer, à l'avenir, dans les clauses d'enchères et d'adjudication des domaines nationaux...., que l'art. 22 de la loi du 16 brumaire an 3, qui défend aux acquéreurs de maisons, usines, bois-futaie et bois-taillis, de faire aucune coupe ou démolition avant d'avoir soldé en entier le prix de la vente, et ce, à peine d'exigibilité de ce qui restera dû, à moins qu'il n'en aient obtenu l'autorisation à la charge de donner bonne et valable caution, est applicable aux acquéreurs de biens où se trouvent des tourbes et charbons de terre ».

II. La loi du 10 juin 1793, concernant le partage des biens communaux, ordonne, sect. 1, art. 9, de tenir « en réserve les terrains qui renfermeraient des mines, minières, carrières et autres productions minérales dont la valeur excéderait celle du sol qui les couvre, ou qui seraient reconnues d'une utilité générale, soit pour la commune, soit pour la république ».

Cette disposition est-elle applicable aux tourbières et aux marais qui contiennent de la Tourbe?

L'affirmative est adoptée, en ces termes, par un arrêté du préfet du département du Nord, du 9 ventôse an 11:

« Vu la loi du 10 juin 1793, sur le partage des biens communaux, et l'instruction du ministre de l'intérieur, en date du 25 germinal an 9;

» Considérant que l'art. 9, sect. 1, de cette loi a excepté du partage les terrains qui renfermeraient des mines, minières, carrières et autres productions minérales dont la valeur excéderait celle du sol qui les couvre, ou qui seraient reconnues d'une utilité générale, soit pour la république; que ces dispositions sont évidemment applicables aux tourbières ou aux marais qui contiennent de la Tourbe; qu'en conséquence, le partage de ces marais a eu lieu en contravention à la loi; que, par l'instruction du 25 germinal an 9, le ministre de l'intérieur a recommandé à tous les préfets d'annuler ces partages, avant que les dix années d'inaliénabilité déterminées par l'art. 13 de la sect. 2 de la même loi, soient écoulées...;

» Art. 1. Les marais communaux, situés dans les troisième, quatrième et sixième arrondissemens du département du Nord, renfermant tous une quantité plus ou moins considérable de Tourbe, le partage qui en a été fait en exécution de la loi du 10 juin 1793, est annulé.

» Néanmoins, les détenteurs actuels des portions de ces marais en conserveront la

jouissance provisoire, jusqu'à ce qu'il en ait été ordonné une autre disposition.

» 2. Ceux des possesseurs qui dégraderaient leurs portions par des extractions de Tourbes, en seront privés; et ces portions seront acquises à la commune, qui les mettra en location.

» Le produit du loyer des portions, dans ces cas, sera affecté aux dépenses administratives»...

Cet arrêté a été approuvé par un décret du 22 frimaire an 13; il est inséré, avec ce décret, dans le Bulletin des lois.

III. La loi du 21 avril 1810 contient, sur l'exploitation des Tourbes, les dispositions suivantes :

« Art. 83. Les Tourbes ne peuvent être exploitées que par le propriétaire du terrain, ou de son consentement.

» 84. Tout propriétaire actuellement exploitant, ou qui voudra commencer à exploiter des Tourbes dans son terrain, ne pourra continuer ou commencer son exploitation, à peine de cents francs d'amende, sans en avoir préalablement fait la déclaration à la sous-préfecture et obtenu l'autorisation.

» 85. Un réglement d'administration publique déterminera la direction générale des travaux d'extraction dans les terrains où sont situées les Tourbes, celle des rigoles de dessèchement, enfin, toutes les mesures propres à faciliter l'écoulement des eaux dans les vallées et l'attérissement des entailles tourbées.

» 86. Les propriétaires exploitans, soit particuliers, soit communautés d'habitans, soit établissemens publics, sont tenus de s'y conformer, à peine d'être contraints à cesser leurs travaux ».

IV. Peut-on, après avoir extrait de la Tourbe de son propre fonds, l'étendre pour la faire sécher, sur le fonds de son voisin, sans son consentement? Le peut-on en vertu d'un ancien usage local? *V.* l'article *Voisinage*, §. 4, n° 6.

Au surplus, *V.* l'article *Marais*, §. 1 et 4.]]

TOURNOIS. *V.* les articles *Livre numéraire*, *Monnaie* et *Monnaie décimale*.

* TRADITION. C'est l'action par laquelle on livre une chose à une personne.

I. En matière de vente, la Tradition est réelle ou feinte.

La Tradition réelle a lieu quand l'acheteur est mis réellement en possession de la chose vendue.

La Tradition feinte est celle par laquelle on est fictivement réputé mettre l'acheteur en possession de la chose vendue, quoique cette chose reste entre les mains du vendeur.

Cette fiction est le résultat d'une convention par laquelle le vendeur reconnait tenir la chose au nom de l'acheteur. Au moyen de cette convention, l'acheteur est censé prendre possession de la chose vendue, par le ministère du vendeur.

Quand le vendeur retient l'usufruit de la chose vendue, cette rétention tient aussi lieu de Tradition; car on ne peut pas être usufruitier de sa propre chose : ainsi, le vendeur qui prend cette qualité, déclare suffisamment qu'il ne possède plus la chose comme sa propre chose, mais qu'il la possède au nom de l'acheteur.

Il en serait de même si, par le contrat de vente, le vendeur prenait à bail l'héritage vendu.

Lorsque la chose vendue se trouve entre les mains de l'acheteur, à titre de loyer, de dépôt ou de prêt, le consentement que le vendeur donne pour que l'acheteur la possède à l'avenir comme propriétaire, tient pareillement lieu de Tradition. C'est cette Tradition que les docteurs ont appelée *Traditio brevis manûs*.

Si les choses vendues sont fort lourdes, la permission de les enlever, donnée par le vendeur en les montrant à l'acheteur, tient aussi lieu de Tradition.

Il y a d'autres Traditions qui s'opèrent par le moyen de quelque symbole, et que, pour cette raison, on appelle *Traditions symboliques*. Par exemple, la remise des clefs du grenier où est le blé qu'on a vendu, tient lieu de la Tradition de ce blé.

[Voici une question qui se présente assez fréquemment dans le commerce.

Un négociant de Paris a des marchandises en dépôt à Marseille : il les vend à Paris même, et pour constater la vente qu'il en fait, il remet à l'acheteur une facture au bas de laquelle il écrit ces mots, *Pour acquit*, et signe.

Peu de temps après, l'acheteur vient à faillir.

Les créanciers de celui-ci pourront-ils s'emparer des marchandises encore déposées à Marseille, ou le vendeur pourra-t-il les revendiquer comme étant encore sa propriété.

J'ai vu soutenir le premier de ces deux partis, sur le fondement que la délivrance de la facture, c'est-à-dire, de l'acte qui contient, ou plutôt atteste, la vente des marchandises, en opère de plein droit une Tradition symbolique, qui a le même effet qu'une Tradition

réelle ; et que cela résulte de la loi 1, C. *de donationibus.*

L'opinion contraire me paraît plus conforme aux vrais principes.

Sans doute, la Tradition qui consiste à remettre entre les mains de l'acheteur, non la chose même, mais des objets qui la représentent et la mettent en son pouvoir, opère le même effet qu'une Tradition réelle. C'est ainsi qu'en vous délivrant les clefs du grenier où sont déposés les grains que je vous vends, je suis censé vous délivrer les grains mêmes.

Mais, pour qu'une pareille Tradition ait lieu, et qu'elle produise une translation de propriété, il faut essentiellement le concours de deux conditions :

1° Il faut que la remise des objets représentant la chose vendue, soit faite *in rei præsentiâ*, à la vue de cette chose même. C'est ce qu'établit clairement la loi 74, *de contrahendâ emptione*, au Digeste : *Clavibus traditis, ità mercium in horreis conditarum possessio tradita videtur, si claves apud horrea traditæ sint ; quo facto, confestim emptor dominium et possessionem adipiscitur, etsi non aperuerit horrea.* C'est ce que confirme encore la loi 1, §. 21, *de acquirendâ vel amittendâ possessione*, au Digeste : *Si jusserim venditorem procuratori rem tradere, cùm ea in præsentiâ sit, videtur mihi tradita ; idemque est si nummos debitorem jusserim alii dare, non est enim corpore et actu necesse apprehendere possessionem, sed etiam oculis et affectu ; et argumento sunt eæ res quæ, propter magnitudinem ponderis, moveri non possunt, ut columnæ ; nam pro traditis eæ habentur, si in re præsenti consenserint.* Enfin, c'est ce que démontre Voët (*ad Pandectas*, liv. 12, tit. 1, n° 5), par un grand nombre d'autres lois qu'il cite, et dont il tire cette conséquence : *Ubi res præsens est, vere tradi potuit, et ob id quoque tradita fingitur : tradi verò non potuit verè cùm absens est, ideòque nec dominium ejus videri potest translatum ex fictâ Traditione, terminos habiles haud inveniente.* Ce savant interprète ne se dissimule pourtant pas qu'il y a des lois qui parlent de la Tradition feinte, sans exiger la présence de la chose ; mais il répond que cette présence étant requise par plusieurs autres lois, comme une condition essentielle, il faut sous-entendre dans celles-là, la condition exigée par celles-ci : *Etsi ergò nonnullis legibus simpliciùs dicatur merces videri traditas clavibus horrei traditis, rerum venditarum possessionem venisse translatam, si venditorem quod emerim deponere in domo meâ jusserim, tamen istâ non aliter quam concurrente præsentiâ, secundum plures leges alias manifestas requisitâ, intelligenda ac restringenda sunt* (1). Or, dans l'espèce proposée, il s'en faut beaucoup que la remise de la facture des marchandises ait été faite *in rei præsentiâ*, à la vue de ces marchandises elles-mêmes, puisque, d'une part, c'est à Paris que la facture a été délivrée à l'acheteur, et que, de l'autre, les marchandises étaient alors à Marseille.

2° Pour qu'il s'opère une Tradition feinte *in rei præsentiâ*, il ne suffit pas que l'acte de vente soit remis par le vendeur à l'acheteur : il faut que celui ci reçoive, en outre, de celui-là d'autres objets représentant la chose vendue. Ainsi, pour que les marchandises déposées dans un grenier, soient censées livrées à l'acheteur, il faut, non-seulement qu'il y ait entre lui et le vendeur une convention, et qu'il ait par-devers lui la preuve de cette convention, c'est-à-dire, l'acte même de vente, mais encore que le vendeur lui délivre les clefs du grenier qui contient les marchandises. Les lois citées plus haut sont là-dessus très-formelles ; et l'on se trompe grandement lorsqu'on invoque, pour établir le contraire, la loi 1, C. *de donationibus.* En effet, que dit cette loi ? Rien autre chose, si ce n'est que, lorsqu'en vous donnant des esclaves que j'avais achetés précédemment, je vous remets les actes des achats que j'en avais faits, je suis censé, par-là, vous faire la Tradition des esclaves, et vous en transférer la possession : *Emptionum mancipiorum instrumentis donatis et traditis, et ipsorum mancipiorum donationem et Traditionem factam intelligis : et ideò potes adversùs donatorem in rem actionem exercere.*

Que serait-il arrivé, dans l'espèce de cette loi, si le donateur s'était borné à délivrer l'acte de donation au donataire ? Très-certainement cette délivrance seule n'emporterait pas la Tradition de la chose donnée ; et elle ne l'emporte, dans le cas proposé par la loi, que parce qu'elle est accompagnée ou suivie de la délivrance des titres de propriété du donateur. Dumoulin a soin d'en faire l'observation dans son Commentaire sur la coutume de Paris, titre des *Fiefs*, §. 20, gl. 5, n° 14. Il rappelle les différentes manières dont peut être opérée la mise en possession de l'acheteur d'un fief ; elle se fait, dit-il, *vel per realem Traditionem fundi venditi, vel aliud æqui-*

(1) On verra dans l'instant que Dumoulin tient absolument, sur ce point, la même doctrine que Voët.

pollens, *putà precarium*, *constitutum*, *vel retentionem ususfructûs*, *vel Traditionem clavium* IN PRÆSENTIA REI (1), *vel per ingressum emptoris de licentiâ venditoris*, VEL PER TRADITIONEM INSTRUMENTORUM ACQUISITIONIS FEUDI, IN QUIBUS CONTINETUR JUS COMPETENS VENDITORI IN ILLO FEUDO (Loi 1, C. *de donationibus*), QUÆ ITA INTELLIGI DEBET, NON AUTEM PER TRADITIONEM INSTRUMENTORUM IPSIUS VENDITIONIS, *ut tenent Guillelmus, Bartolus, Imola, Alexander*, etc.

Ainsi, pour que, dans notre espèce, et en supposant les marchandises sous les yeux du vendeur et de l'acheteur, au moment de leur convention, il eût pu s'opérer une Tradition feinte par une remise de titres, il aurait fallu que cette remise tombât sur les actes qui constataient l'achat que le vendeur avait précédemment fait de ces marchandises, et non pas seulement sur l'acte même par lequel il les vendait : *Non autem per Traditionem instrumentorum ipsius venditionis.*

Aussi, par l'arrêt du 3 avril 1781, rapporté au mot *Commissionnaire*, §. 5, a-t-il été jugé que le sieur Zegers, négociant de Courtrai, pouvait revendiquer ses marchandises dans l'entrepôt où elles étaient à Lille, quoiqu'il en eût antérieurement délivré la facture au sieur Lemaître, et qu'il eût accordé à celui-ci des termes de paiement.

Mais, dit-on, le *pour acquit* prouve au moins que le vendeur a suivi la foi de l'acheteur; or, cela suffit pour que le vendeur ne puisse plus revendiquer ses marchandises. Témoin la loi 19, D. *de contrahendâ emptione*, qui dit : *Quod vendidi, non aliter fit accipientis, quàm si aut pretium nobis solutum sit, aut satis eo nomine factum, vel etiam fidem habuerimus emptori sine ullâ satisfactione.*

Que prouve cette loi? Une seule chose : c'est que, si le *pour acquit* concourait, dans l'espèce proposée, avec la Tradition des marchandises, il n'y aurait effectivement pas lieu à revendication de la part du vendeur. Mais les marchandises n'ayant été livrées ni réellement ni fictivement, de quelle utilité peut être ici le principe qui veut que le vendeur ne puisse plus revendiquer, lorsqu'il a livré, et qu'il a, pour le paiement de son prix, suivi la foi de son acheteur? Et il est à remarquer que Voët, en expliquant ce principe, n'hésiste pas à dire (*ad Pandectas*, liv. 6, tit. 1, nº 14), que, même après avoir, par le contrat, suivi la foi de l'acheteur, le vendeur peut encore, avant la Tradition, retenir sa marchandise et ne la livrer qu'argent comptant : *Alienationis directæ quotidianum exemplum est in eo qui rem suam* VENDIDIT ET TRADIDIT, *licet pretio necdum soluto : etenim si modò fides de eo fuerit habita, cùm ità dominium fuerit in accipientem translatum, et venditor secutus sit fidem emptoris, vindicare nequit, sed tantùm pro pretio consequendo cum chirographariis aliis emptoris creditoribus concurrit.* RETINERE QUIDEM POTERAT VENDITOR REM, ET NON TRADERE, DONEC PRETIUM SOLUTUM FUERIT : SED TRADITIONE SIBI PRÆJUDICAVIT, AC SESE OMNI SPOLIAVIT DOMINIO.

C'est ainsi que, par arrêt du 15 avril 1579, rapporté par Charondas, « il fut dit, au profit » d'un vigneron qui avait vendu quelques » muids de vin à un marchand qui les avait » goûtés et marqués sans les transporter, les- » quels avaient depuis été saisis à la requête » des créanciers du marchand, que ce vigneron » aurait le droit de les retenir, et qu'il n'était » point tenu de s'en dessaisir, qu'il ne fût payé » auparavant, quoiqu'il *eût pris une obligation* » *de l'acheteur* ».

En effet, le bon sens nous dit que ce n'est pas, à proprement parler, suivre la foi de l'acheteur, que de lui accorder terme, tandis qu'on garde par-devers soi une marchandise qui répond du prix et en forme le premier gage.

Eh! Comment d'ailleurs appliquerait-on au cas où il n'y a que crédit accordé sans Tradition, des lois qui ne disposent que sur le concours de la Tradition et du crédit accordé? Sans Tradition, point de translation de propriété; par conséquent nul obstacle à la revendication, ou plutôt à la rétention de la part du vendeur. Faites avec votre vendeur telles conventions qu'il vous plaira, stipulez de lui tels termes que vous jugerez à propos : tant que la chose qu'il vous vend ne vous sera pas livrée, vous n'en serez pas propriétaire : voilà la règle, elle est absolue, elle ne souffre ni exceptions ni réserve.]

[[*V.* ci-après, nº 3; et l'article *Vente*, §. 2, nºs 2, 3, 4 et 6.]]

II. Lorsque le vendeur a été partie capable d'aliéner la chose vendue, l'effet de la Tradition est de faire passer la propriété de cette chose à l'acheteur, pourvu qu'il en ait payé le prix, ou que le vendeur l'ait accepté pour débiteur.

Il faut conclure de là que, si, après avoir vendu une chose sans l'avoir livrée, le vendeur avait la mauvaise foi de la vendre une seconde fois et de la livrer au nouvel acheteur, ce serait

(1) Ces termes, *in præsentiâ rei*, rappellent ce qui est dit plus haut relativement à la première des conditions requises pour la tradition feinte.

à celui-ci que la propriété en serait transférée. Le premier acheteur n'aurait, en pareil cas, qu'une action personnelle contre le vendeur, pour le faire condamner aux dommages et intérêts résultant de l'inexécution du marché.

Il faut aussi conclure de là que, tandis que la chose vendue n'a point été livrée, les créanciers du vendeur peuvent la faire saisir, quand même l'acheteur en aurait payé le prix. Ce dernier n'a, dans cette circonstance, qu'une action contre le vendeur, sans aucun privilége sur la chose.

Mais aussitôt que la Tradition a été faite à l'acheteur, il est propriétaire de la chose, et les créanciers du vendeur ne peuvent plus la saisir; ils peuvent seulement exercer l'action hypothécaire contre le possesseur, si la chose vendue est un immeuble.

[[III. Aujourd'hui, la Tradition n'est plus nécessaire pour transférer la propriété. « La » propriété est acquise de droit à l'acheteur, » à l'égard du vendeur, dès qu'on est convenu « de la chose et du prix, quoique la chose n'ait » pas encore été livrée ni le prix payé ». Ce sont les termes de l'art. 1583 du Code civil.

Par là est abrogée la maxime du droit romain : *Traditionibus, non nudis pactis, dominia rerum transferuntur.* (Loi 20, C. *de pactis*).

Il faut cependant, en ce qui concerne les tiers qui pourraient acquérir du vendeur, avant que celui-ci eût livré la chose à l'acheteur, distinguer entre les immeubles et les meubles.

Si la chose vendue est un immeuble, la seconde vente que le vendeur en ferait à un tiers, ne pourrait pas nuire au premier acquéreur, quoique, la première vente qui aurait été faite à celui-ci, n'eût pas été suivie de la Tradition ou délivrance. *V.* l'article *Transcription*, §. 3, n° 1.

Mais si la chose vendue était un effet mobilier, celui des deux acquéreurs à qui la Tradition aurait été faite le premier, aurait la préférence sur l'autre. *V.* l'article *Revendication*, §. 1, n° 5.

Du reste, le Code civil et le Code de commerce ont singulièrement restreint le droit de revendication que les lois romaines accordaient au vendeur d'effets mobiliers, à défaut de paiement du prix. *V.* les mots *Privilége de créance*, sect. 3, §. 2, n° 11; et *Revendication*, §. 1, n° 6.]]

IV. Quand le vendeur a livré la chose sans le consentement du propriétaire, on conçoit qu'il n'a pu transférer à l'acheteur un droit de propriété qu'il n'avait pas : cependant la Tradition faite à l'acheteur, n'est pas pour cela sans effet. Si elle ne lui transmet pas la propriété, elle lui donne la possession civile de la chose; et cette possession étant jointe à la bonne foi, attribue, en premier lieu, à l'acheteur le droit de percevoir les fruits sans aucune obligation de les rendre au propriétaire. En second lieu, la possession de bonne foi qui a duré le tems requis par la loi pour la prescription, fait acquérir par l'acquéreur la propriété que son vendeur n'avait pu lui transmettre. *V.* les articles *Fruits* et *Prescription.*

V. A l'égard de la Tradition en matière de donation entre-vifs, *V.* l'article *Donation*, sect. 5. (M. Guyot.)*

[[TRAHISON. C'est l'action d'un sujet qui, oubliant le premier et le plus sacré des devoirs envers son prince et sa patrie, attente à la sûreté générale de l'État.

D'après ce que nous avons dit sous les mots *Crime de lèze-majesté*, il ne reste plus à traiter ici qu'une seule question : c'est celle de savoir si, pour qu'il y ait crime attentatoire à la sûreté générale de l'Etat, il est nécessaire qu'il y ait *intention de trahir.*

Cette question dépend de la nature des faits qui constituent l'attentat à la sûreté générale de l'Etat.

S'agit-il du crime prévu par l'art. 76 du Code pénal, c'est-à-dire, de *machinations pratiquées*, ou d'*intelligences entretenues avec les puissances étrangères ou leurs agens, pour les engager à commettre des hostilités ou entreprendre la guerre contre la France, ou pour leur en procurer les moyens*; il est bien visible qu'alors il faut qu'il y ait intention de trahir, puisque, sans cette intention, il n'y aurait ni machinations ni intelligences avec l'étranger.

Il en est de même du crime prévu par l'art. 77 du même Code, c'est-à-dire, de *machinations pratiquées* ou d'*intelligences entretenues avec les ennemis de l'Etat, à l'effet de faciliter leur entrée dans le territoire du royaume, de leur livrer des places fortes*, etc.

Mais il est aussi des crimes attentatoires à la sûreté générale de l'Etat, qui peuvent exister sans intention directe de trahir, parceque, par leur résultat, ils nuisent autant que si un esprit de trahison les avait déterminés.

Par exemple, l'art. 80 du Code pénal punit de mort, « tout fonctionnaire public, tout » agent du Gouvernement, ou toute autre per- » sonne qui, chargée ou instruite officielle- » ment, à raison de son état, du secret d'une

» négociation ou d'une expédition, l'aura livré » aux agens d'une puissance étrangère ou à » l'ennemi »; et cependant ce fonctionnaire, cet agent, cette personne peut n'avoir été qu'imprudent ou indiscret, il peut n'avoir eu aucune intention de trahir son prince et son pays.

Il en est de même du cas prévu par l'art. 81 du même Code : « Tout fonctionnaire public, » tout agent, tout préposé du Gouvernement, » chargé, à raison de ses fonctions, du dépôt » des plans de fortifications, arsenaux, ports » ou rades, qui aura livré ces plans ou l'un de » ces plans à l'ennemi ou aux agens de l'en- » nemi, sera puni de mort ». La loi ne distingue pas, comme l'on voit, si les plans ont été livrés par indiscrétion, par imprudence, ou s'ils l'ont été par trahison : dans un cas comme dans l'autre, la peine de celui qui les a livrés, doit être la même.

Il en est de même encore dans le cas prévu par l'art. 83 : « Quiconque aura recélé ou fait » receler les espions ou les soldats ennemis » envoyés à la découverte, ou qu'il aura con- » nus pour tels, sera condamné à la peine de » mort ». On sent qu'un pareil recèlement peut n'être pas toujours déterminé par l'intention de trahir l'Etat, et qu'il peut quelquefois l'être par un sentiment d'humanité, par un motif de commisération ; n'importe, la loi veut que, dans tous les cas, il soit puni de la peine capitale.

On remarque le même esprit dans le tit. 3 du Code pénal militaire du 21 brumaire an 5.

L'art. 1 commence par établir que « tout » militaire ou autre individu attaché à l'armée » ou à sa suite, *convaincu de trahison*, sera » puni de mort »; et il est bien clair que, dans le sens de ce texte, il ne peut pas exister de trahison, sans intention de trahir.

Mais l'article suivant ajoute que *sont réputés coupables de trahison*, ceux qui se trouvent dans l'un des neuf cas qu'il désigne ; et il est évident que, par ces mots, *sont réputés*, il entend que le fait seul constitue un crime capital, soit qu'il y ait une intention directe de trahir, soit qu'il n'y en ait pas.

En effet, il suffit de parcourir ces neuf cas pour se convaincre que, dans presque tous, il peut n'y avoir eu que lâcheté, imprévoyance, négligence ou autre faute grave.

Tel est, suivant le n° 1 de l'article cité, le cas de « tout individu qui, en présence de » l'ennemi, se sera permis des clameurs ten- » dantes à jeter l'épouvante et le désordre dans » les rangs ».

Tel est, suivant le n° 3, le cas de « tout » commandant d'une patrouille à l'armée ou » dans une place assiégée, qui envoyé à l'en- » nemi pour faire quelque découverte, aura » négligé d'en rendre compte, ou bien n'aura » pas exécuté ponctuellement l'ordre qui lui » était donné ».

Tel est, suivant le n° 7, le cas de « tout mi- » litaire qui, sans ordre de son supérieur, ou » sans motif légitime, aurait encloué ou mis » hors de service un canon, mortier, obusier » ou affût; tout charretier ou conducteur qui, » dans une affaire, déroute ou retraite en pré- » sence de l'ennemi, aurait, sans ordre de son » supérieur, coupé les traits des chevaux, » brisé ou mis hors de service aucune pièce de » train ou équipage confié à sa conduite ».

Tel est, suivant le n° 8, tout commandant d'une place assiégée qui, hors les circonstances urgentes qui y sont détaillées, l'aura rendue à l'ennemi.

Tel est encore, suivant le n° 9, « tout com- » missaire ordonnateur qui n'aurait pas pourvu » aux distributions de vivres et fourrages...., » lorsqu'il en avait les moyens, ou qui aurait » *négligé* ou refusé d'instruire le général ou » chef de l'armée ou d'une division détachée » de l'armée, des besoins de ce genre...., si, » par suite de cette prévarication, le salut de » l'armée ou le succès de ses opérations a été » compromis ».

Le Code pénal du 12 mai 1793, tit. 1, sect. 2, art. 2, *répute* également *coupable de trahison*, et punit également comme traître, quoiqu'il n'y ait pas intention de trahir, « tout » général d'armée ou commandant de division, » qui sera convaincu d'avoir *négligé* d'em- » ployer tous les moyens qu'il avait en son » pouvoir pour assurer les magasins, la marche » des convois, et garantir les munitions, lors- » qu'ils seront tombés, en tout ou en partie, » entre les mains des ennemis ».

Enfin, le décret du 1er mai 1812 déclare déshonorante et criminelle, et punit de mort, sauf le cas où il y aurait des circonstances atténuantes, toute capitulation verbale ou par écrit que ferait, en rase campagne, un commandant de troupe armée, quel que soit son grade.]]

TRAITE. (*Droits de traite*). *V.* l'article *Douanes*

TRAITÉ. *V.* les articles *Convention*, *Acte*, *Transaction*, etc.

[[TRAITÉ POLITIQUE. Les Traités politiques sont-ils, comme les lois, obligatoires pour les tribunaux? Les tribunaux sont-ils obligés de suppléer à la défense des parties, les

moyens qu'elles pourraient tirer des traités politiques, comme ils sont obligés d'y suppléer les moyens qu'elles pourraient tirer des lois ? *V.* le plaidoyer et l'arrêt du 15 juillet 1811, rapportés au mot *Jugement*, §. 7 *bis*.]]

[[TRAITÉ DE PAIX. *V.* les mots *Déclaration de guerre* et *Guerre*.]]

TRANSACTION. La Transaction est une convention entre deux ou plusieurs personnes qui, pour prévenir ou terminer un procès, règlent leur différend de gré à gré. *Qui transigit, quasi de re dubiâ et lite incertâ neque finitâ, transigit* (Loi 1, D. *de Transactionibus*). *Propter timorem litis* (Loi 2, C. *eod. tit*). *Litigiis jam motis et pendentibus, seu posteà... movendis* (Loi dernière, C. *eod. tit*).

[[« La Transaction (dit le Code civil, art. » 2044) est un contrat par lequel les parties » terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naître ».]]

Ces sortes de conventions peuvent se faire de différentes manières, selon la nature des contestations et la volonté des parties. Ainsi, celui qui avait une prétention, ou s'en désiste, ou en obtient une partie, ou même le tout; ainsi, celui à qui on demande une somme d'argent, ou paie, ou s'oblige, ou est déchargé en tout ou en partie; ainsi, celui qui contestait une garantie, une servitude, ou quelqu'autre droit, ou s'y soumet, ou s'en affranchit; ainsi, celui qui se plaignait d'une condamnation, ou la fait réformer, ou y acquiesce.

Quelles sont les personnes qui peuvent transiger ?

Sur quelles choses peut-on transiger ?

De quelle manière et dans quelle forme peut-on et doit-on transiger ?

Quel est l'effet des Transactions ?

Dans quels cas et par quels moyens peut-on faire annuler ou rescinder une Transaction?

A quelle autorité appartient la connaissance des différends qui s'élèvent sur les Transactions que les communes et les établissemens publics ont souscrites avec l'approbation du Gouvernement ?

Tels sont les six points que nous avons à examiner dans cet article.

§. I. *Quelles sont les personnes qui peuvent transiger ?*

I. Toute personne qui est capable de contracter, l'est aussi de transiger.

[[« Pour transiger (dit l'art. 2045 du Code » civil) il faut avoir la capacité de disposer » des objets compris dans la transaction ».]]

II. Comme on peut contracter par le ministère d'autrui, on peut aussi transiger de même. Voyons donc quels sont ceux qu'on doit regarder comme revêtus d'un pouvoir suffisant pour transiger au nom d'un tiers.

III. D'abord, un tuteur peut-il transiger sur un procès concernant les intérêts de son pupille ?

Il y a plusieurs textes qui décident expressément qu'il le peut : ce sont la loi 46, §. dernier, D. *de administratione et periculo tutorum*; la loi 54, §. dernier; la loi 56, §. 4, D. *de furtis*; et la loi 35, D. *de jurejurando*.

Mais cette décision doit être restreinte au cas où la transaction ne dépossède pas le pupille d'une chose dont l'aliénation excède le pouvoir d'un tuteur. Car la nullité d'une Transaction par laquelle un tuteur, sans avis de parens ni décret de justice, abandonne un immeuble dont son pupille était en possession de fait et de droit, n'a jamais fait la matière d'un problème. Transiger, c'est aliéner, dit la loi 1, §. 9, D. *si quid in fraudem patroni*; par conséquent, pour délaisser par Transaction un objet dont l'aliénation doit être accompagnée de certaines formalités, il faut, autant qu'il est possible, employer les mêmes formalités, que s'il s'agissait d'aliéner: or, un tuteur, ne peut aliéner qu'avec avis de parens et décret de justice; il ne peut donc pas non plus transiger sans s'être mis en règle sur l'un et sur l'autre point : aussi en trouvons-nous une décision expresse dans la loi 4, C. *de prædiis minorum*.

[[Que cette distinction fût conforme au véritable esprit des lois romaines, c'est ce que j'ai prouvé dans le plaidoyer et ce qu'a nettement reconnu l'arrêt de la cour de cassation du 4 octobre 1806, rapportés au mot *Curateur*, §. 2.

C'est encore sur cette distinction qu'est fondé l'arrêt suivant de la même cour.

En 1771, suppression de l'office de receveur des consignations près les requêtes du palais, à Paris, appartenant en commun aux sieurs Héron de Courgy et Héron de la Tuillerie.

En 1774, cet office est rétabli; le sieur Héron de la Tuillerie en est pourvu seul; mais le sieur Héron de Courgy en conserve la propriété pour moitié.

En 1786, après la mort du sieur Héron de la Tuillerie, le sieur Héron de Courgy fait assigner ses enfans mineurs, pour se voir condamner, comme héritierde leur père, à lui payer la part qu'il a dans le prix et les produits de

l'office de receveur des consignations, et à lui abandonner les biens que leur aïeul commun avait grevés de substitution à leur profit.

Le 28 août de la même année, avis de parens qui autorise les tuteurs des mineurs Héron de la Tuillerie à faire l'abandon des biens substitués, et à rendre au sieur Héron de Courgy tous les comptes qui pourront lui être dus, relativement au prix et aux revenus de l'office de receveur des consignations.

Le 7 septembre 1787, les tuteurs font, avec le sieur Héron de Courgy, une Transaction par laquelle 1° les biens substitués sont abandonnés à celui-ci; 2° celui-ci reconnaît devoir aux mineurs 23,000 livres, pour les impenses, augmentations et améliorations faites par leur père à ces biens, et évaluées à cette somme par des experts; 3° l'office de receveur des consignations est abandonné aux mineurs sous quatre conditions: la première, que le sieur Héron de Courgy sera dispensé de leur rembourser les 23,000 livres qu'il leur doit; la seconde, que les mineurs lui paieront une somme de 40,000 livres; la troisième, qu'ils lui paieront une pension viagère de 8,000 livres; la quatrième, qu'en cas de suppression de l'office, le sieur Héron de Courgy prendra le cinquième de l'indemnité qui sera accordée par le Gouvernement, si mieux n'aiment les mineurs lui continuer sa pension viagère.

En exécution de cette Transaction, les tuteurs paient au sieur Héron de Courgy une somme de 40,000 livres, et lui servent la pension viagère de 8,000 livres, jusqu'en 1790.

En 1790, l'office de receveur des consignations est supprimé.

A la même époque, les tuteurs font convoquer une assemblée de parens pour confirmer la Transaction.

L'assemblée la confirme, mais dans une forme irrégulière; cependant l'avis qu'elle donne à cet effet, est homologué par une sentence du châtelet de Paris.

En 1803, la dame Rioust, l'un des enfans du sieur Héron de la Tuillerie, forme, contre ses tuteurs, une action en reddition de compte.

Les tuteurs lui portent en compte les sommes qu'ils ont payées au sieur Héron de Courgy, en exécution de la transaction du 7 septbre 1787.

La Dame Rioust répond que cette Transaction est nulle, 1° parcequ'elle a pour objet un office qui, en 1787, était réputé immeuble; 2° parcequ'elle n'a pas été autorisée par un avis de parens régulier.

Le 17 juillet 1811, jugement du tribunal de première instance du département de la Seine, qui déclare la Transaction valable, « attendu » que les lois romaines qui existaient au temps » de la Transaction, ne prescrivaient point » au tuteur la formalité d'une autorisation » préalable à une Transaction, lorsqu'elle » ne dépouillait pas les mineurs d'objets im- » mobiliers ».

Sur l'appel, arrêt de la cour de Paris, du 5 juin 1812, qui, adoptant les motifs des premiers juges, et attendu d'ailleurs qu'il résulte de la procédure que la Transaction a été faite dans l'intérêt des mineurs, met l'appellation au néant ».

La dame Rioust se pourvoit en cassation, et prétend que cet arrêt viole la loi 22 et la loi 46, §. 7, D. *de administratione et periculo tutorum.*

Mais par arrêt du 10 mai 1813, au rapport de M. Carnot,

« Attendu que, par la Transaction de 1787, les tuteurs de la dame Rioust n'aliénèrent aucune partie de ses facultés immobilières; qu'ils s'y bornèrent à faire l'emploi de l'abandon que le conseil de famille avait ordonné de faire au sieur de Courgy, des impenses, améliorations et augmentations faites aux biens substitués par le prix de l'estimation; et que, s'ils consentirent une déclaration au sieur de Courgy, pour la sureté du paiement de sa première pension, ils n'en firent l'affectation que sur les produits de la charge, qui resta tout entière en propriété dans le domaine des mineurs;

» Que, s'il fut stipulé que, dans le cas de suppression de cette charge, le sieur de Courgy serait autorisé, pour lui tenir lieu de sa pension, à prendre un cinquième dans l'indemnité qui serait accordée, cette stipulation fut entière dans l'intérêt des mineurs, auxquels il fut réservé de continuer, comme précédemment, le paiement de la pension;

» Attendu d'ailleurs que jamais la propriété de la charge n'a été contestée aux mineurs de la Tuillerie, qui ont continué à en jouir jusqu'à la suppression, et sur le remboursement de laquelle le sieur de Courgy n'a jamais prétendu aucun droit;

» D'où il suit que, ni par le droit, ni par le fait, les mineurs de la Tuillerie n'ont été dépouillés de la moindre partie de leurs propriétés immobilières;

» Et attendu que la Transaction n'ayant porté que sur des objets mobiliers, était un acte de pure administration, qui aurait été valable, lors même qu'elle n'aurait pas été autorisée par un conseil de famille, ni confirmé par une délibération postérieure, dès qu'elle

avait été passée dans l'intérêt des mineurs, et que les tuteurs n'avaient aucun intérêt personnel à la succession ;

» Que, d'après ces diverses considérations, il devient inutile de s'occuper de la validité de la délibération et de la sentence d'homologation ; puisque, lors même qu'elles seraient nulles, la nullité ne pourrait influer sur le sort de la Transaction du 7 septembre 1787 ; ce qui rend la demanderesse sans intérêt, et conséquemment sans action pour en faire la critique ;

» La cour rejette le pourvoi..... ».

Mais aujourd'hui, dans tous les cas, « le » tuteur ne peut transiger au nom du mineur, » qu'après y avoir été autorisé par le conseil » de famille, et de l'avis de trois jurisconsul- » tes désignés par le procureur du roi près le » tribunal civil; la Transaction n'est valable » qu'autant qu'elle a été homologuée par le » tribunal civil, après avoir entendu le procu- » reur du roi ». Ce sont les termes du Code civil, art. 467.]]

IV. Ce qu'on dit du tuteur, il faut également le dire des administrateurs qui en tiennent lieu.

Aussi la loi 12, C. *de Transactionibus*, décide-t-elle que les officiers municipaux d'une ville peuvent transiger; et que, s'ils le font de bonne foi et sur un procès vraiment douteux, la Transaction doit avoir tout son effet : *Præses provinciæ examinabit utrùm de dubia lite Transactio inter te et civitatis tuæ administratores facta sit, an ambitiosè id quod indubitatè deberi posset, remissum sit : nam priore casu ratam manere Transactionem jubebit; posteriore verò casu, nocere civitati gratiam non sinet.*

Mais on conçoit aisément que cette décision doit être modifiée par l'esprit de la loi 4, C. *de prædiis minorum*, c'est-à-dire, que, s'il s'agissait d'abandonner, par une Transaction, un bien ou droit immobilier dont la ville ou communauté serait en possession, les administrateurs ne pourraient pas le faire de leur chef; et qu'il leur faudrait, pour cela, non seulement un pouvoir exprès du corps qu'ils sont chargés de défendre, mais encore une autorisation particulière du juge.

Le président Desjaunaux, tome 2, rapporte un arrêt du parlement de Flandre, du 27 janvier 1698, qui, d'après ce principe, a déclaré nulle une Transaction faite entre le seigneur de Jollain et la communauté du même lieu, au sujet d'un droit de plantis; et cela sur le seul fondement que cet acte n'avait été précédé ni revêtu d'aucune espèce d'autorisation, et qu'il avait été fait *sans formalités*.

Le président Winantz, §. 74, fait mention d'un arrêt semblable, rendu au conseil souverain de Brabant, le 21 février 1709.

Mais l'autorisation du juge suffit-elle aux administrateurs des biens des communautés pour transiger valablement? N'ont-ils pas aussi besoin, pour cela, de lettres-patentes du prince?

Non : il est vrai qu'en France, on regarde comme nulle toute aliénation des biens appartenant aux gens de main-morte, lorsqu'elle n'est pas revêtue du sceau de l'autorité royale; mais cette formalité est trop gênante, trop dispendieuse, pour qu'on ne la restreigne pas aux aliénations véritables et proprement dites. On sent d'ailleurs que la difficulté de la remplir détournerait souvent les gens de main-morte de transiger, et les obligerait de courir et d'essuyer malgré eux les risques, les longueurs et les frais d'un procès.

La manière dont s'explique là-dessus Dunod, dans son traité de l'*aliénation des biens ecclésiastiques*, confirme ce que nous avançons :

« La Transaction (dit-il) étant regardée comme une espèce d'aliénation, on prétend qu'elle ne peut être régulièrement faite sur les biens de l'église, sans y observer les formalités, quand bien même on transigerait de choses qui seraient entre les mains d'autrui, avec une autre église.

» On cite, pour le prouver, le chapitre *veniens*, aux décrétales *de Transactionibus* par lequel Alexandre III veut qu'on tienne pour nulle une Transaction faite entre deux églises, s'il ne se trouve pas qu'elle ait été approuvée par le saint siège; mais il paraît que cette décision n'a été ainsi portée que parce qu'il s'agissait d'un privilège et de l'exemption de la dîme, qui ne pouvaient être accordés que par le pape. Ainsi, je crois que l'autorité de l'ordinaire suffirait, à l'égard des biens des bénéfices qui lui sont soumis, ou dans les cas auxquels on n'a pas coutume de recourir à Rome pour les aliénations (1).

» Je crois aussi que la Transaction vaut sans formalité, si ce dont il s'agit demeure à l'église, quand même elle donnerait de l'argent, ou s'il est question d'un bien qui ne soit pas incorporé ni uni au bénéfice, comme d'une succession, d'un legs, que l'église n'a pas encore possédé, d'un droit de enducite et de réunion par elle prétendu, et autres cas sem-

(1) Gonzalez, sur le chapitre *veniens, extrà, de Transactionibus.*

blables; car ce n'est pas aliéner ni perdre que de ne pas acquérir (1).

» Je vois même, dans l'usage, qu'on ne s'arrête pas scrupuleusement au défaut des formalités, quand la Transaction est ancienne de plus de quarante ans, ou qu'il ne paraît pas qu'elle fasse un préjudice considérable et certain à l'église, et lorsqu'on a transigé sur une chose véritablement litigieuse, sans fraude ni affectation (2). Les tuteurs peuvent transiger, pour leurs pupilles, sur les procès douteux et obscurs. Ce serait rebuter les bénéficiers que de les mettre dans la nécessité d'essuyer le sort d'un procès douteux, et de les charger d'observer des formalités dispendieuses et difficiles en ce cas : car, comment le supérieur prendra-t-il la connaissance de cause, qui est la principale de ces formalités? Sera-t-il obligé d'entrer dans la même discussion que le juge du procès? Il vaudrait autant le faire décider; et s'il n'entre pas en connaissance de cause, son consentement ne peut être regardé que comme une formalité vaine et inutile. Je crois cependant qu'il est de la prudence et de la règle, quand la chose est de conséquence, de ne transiger que par avis de conseil, de faire homologuer la Transaction dans le tribunal où le procès est pendant, après l'avoir communiqué aux gens du roi, et d'en donner avis au supérieur ecclésiastique, pour qu'il y consente, même de la faire approuver à Rome, quand l'importance du procès et l'exemption du bénéfice le demandent ».

Les mêmes raisons s'appliquent visiblement aux gens de main-morte laïques. Ainsi, nul doute qu'une Transaction faite avec connaissance de cause par une communauté d'habitans, et homologuée par les juges, sur les conclusions du ministère public, ne soit valable et obligatoire.

C'est aussi ce qu'a jugé un arrêt du parlement de Flandre, du 28 février 1771.

Les habitans du village d'Erre, après avoir plaidé long-temps contre l'abbaye de Marchiennes, et les communautés d'Abscon, de Fenain, d'Hornain-Saint-Jean et d'Hornain-Saint-Calixte, sur la propriété des marais situés dans les limites de leur paroisse, ont transigé, de l'avis de trois avocats, et avec toutes les parties, par acte du 25 février 1766. Cet acte a été homologué à la gouvernance de Douai, où le procès était pendant, et cela sur les conclusions du procureur du roi.

Le 1er mai 1767, les habitans d'Erre, munis au besoin de lettres de rescision, ont présenté une requête en nullité de la Transaction. Ils disaient qu'une communauté ne pouvant aliéner sans en avoir obtenu l'autorisation du parlement (1), il n'était pas possible qu'elle transigeât, si le parlement ne l'y autorisait spécialement; que, dès-là, ils n'avaient pu reconnaître l'abbaye de Marchiennes pour propriétaire des marais dont il s'agissait, et que la Transaction devait être annulée.

Mais on répondait que différens titres, tous plus formels les uns que les autres, établissaient clairement la propriété des religieux, et les droits d'usage des communautés voisines; que la Transaction était plus avantageuse aux habitans, que le jugement du procès n'aurait pu l'être; qu'elle avait été faite avec la plus grande connaissance de cause; et que l'homologation du juge devant lequel le procès était pendant, devait, suivant l'usage et le sentiment des auteurs, tenir lieu d'autorisation.

Par sentence du 4 août 1769, les officiers de la gouvernance de Douai ont débouté les habitans de leur requête. Ceux-ci en ont interjeté appel, mais sans succès; l'arrêt cité a confirmé la sentence.

Les habitans ont alors pris la voie de cassation, et leur requête a été admise par le conseil. Mais, après une instruction contradictoire avec toutes les parties, il est intervenu, le 29 juillet 1777, un arrêt, par lequel, « le roi, en » son conseil, sans s'arrêter ni avoir égard à la » demande en cassation....., a ordonné que » ledit arrêt serait exécuté selon sa forme et » teneur, et a condamné les habitans aux dé» pens ».

[[Il faut pourtant convenir que, même sous l'ancienne jurisprudence, il y avait des raisons puissantes et des autorités graves, pour la nullité des Transactions que des communes faisaient, sur des droits de propriété, sans l'autorisation du prince. *V.* mon *Recueil de Questions de droit*, aux mots *Fait du souverain*.

Et cette opinion a été consacrée, même avant que le titre *des Transactions* du Code civil fût décrété, par un arrêté du gouvernement, du 21 frimaire an 12, ainsi conçu :

« Art. 1. Dans tous les procès nés ou à naître, qui auraient lieu, d'Atre des communes et des particuliers, sur des droits de propriété,

(1) Pirrhus Corradus, tome 1, liv. 9, chap. 10.

(2) Boniface, tome 3, liv. 7, chap. 7; *Journal du palais*, arrêt du 1er février 1674, *Définitions canoniques*, au mot *Transaction*.

(1) Dans le ressort du parlement de Flandre, les arrêts de cette cour tiennent lieu de lettres-patentes, lorsqu'il s'agit d'aliéner ou d'hypothéquer les biens des gens de main-morte. C'est une jurisprudence dont l'origine se perd dans la nuit des temps, et qui a toujours été maintenue par le gouvernement.

les communes ne pourront transiger qu'après une délibération du conseil municipal, prise sur la consultation de trois jurisconsultes désignés par le préfet du département, et sur l'autorisation de ce même préfet, donnée d'après l'avis du conseil de préfecture.

» 2. Cette Transaction, pour être définitivement valable, devra être homologuée par un arrêté du gouvernement, rendu dans la forme prescrite pour les réglemens d'administration publique ».

L'art. 2045 du Code civil renouvelle et étend cette dernière disposition : « Les communes » *et les établissemens publics* ne peuvent » transiger qu'avec l'autorisation expresse du » gouvernement ». *V.* ci-après, §. 6.

V. Les Transactions qui intéressent les administrations des douanes, de l'enregistrement et des contributions indirectes, sont soumises à des règles particulières. *V.* l'article *Amende*, §. 6.]]

VI. Un procureur ou mandataire peut-il transiger au nom de son commettant?

Il le peut sans difficulté, si la procuration lui en donne expressément le pouvoir, mais, dans le cas contraire, toute espece de Transaction lui est interdite. (Loi 67, C. *de Transactionibus*; loi 30, D. *de procuratoribus*; loi 18, D. *de jurejurando*).

De là, la loi 13, D. *de Transactionibus*, aux termes de laquelle aucun des procureurs du souverain ne peut transiger sans son aveu.

De là, encore, l'arrêt du parlement d'Aix, du 11 décembre 1671, qui déclare nulle une Transaction faite, sans mission particulière, par les syndics qu'un corps d'apothicaires avait constitués pour défendre à un procès contre les médecins. (Boniface, tome 2, liv. 4. tit. 6, chap. 1).

VII. Que doit-on décider à l'égard des Transactions faites par un père sur les droits de ses enfans?

La loi 10, D. *de Transactionibus*, déclare qu'elles ne préjudicient pas à ceux-ci, lorsqu'ils n'y consentent pas et qu'ils sont émancipés. Cela semblerait faire entendre que, s'ils étaient encore dans les liens de la puissance paternelle, ils seraient obligés de respecter les Transactions que leur père aurait faites, même à leur insu. Mais il faut faire attention que cette décision est tirée du Digeste, suivant la jurisprudence duquel tous les biens du fils de famille, hors le pécule castrense, appartiennent en pleine propriété à son père; et il est certain que, depuis qu'on a laissé au premier tout ce qui composait son pécule adventice, le second a perdu le pouvoir d'en aliéner les biens par Transaction. La loi dernière, §. 3 et 4, C. *de bonis quæ liberis*, contient là-dessus des dispositions qui ne sont pas equivoques : elle porte, entr'autres choses, que le père ne peut plaider pour les biens adventices de son fils sans son intervention ou son consentement, à moins qu'il ne soit mineur ou absent. La faculté de transiger est infiniment plus restreinte que celle de plaider : on ne peut donc pas supposer celle-là à qui ne jouit pas de celle-ci.

Prenons garde cependant de porter trop loin la décision du texte cité. Il n'a pour objet que les successions qui arrivent au fils pendant qu'il est sous la puissance paternelle; et on ne peut pas l'étendre aux biens qu'il acquiert a d'autres titres, parceque la loi première, C. *de bonis maternis*, permettant au pere d'aliéner sans formalités les immeubles de ses enfans non émancipés, lorsque la necessité ou l'avantage de leurs affaires l'exige, il est clair qu'il peut, à plus forte raison, transiger en leur nom et pour leur utilité, au moins en pays de droit écrit. C'est ce qu'enseignent Arius Pinellus, sur la loi dernière, C. *de bonis quæ liberis*, §. *ubi autem*; et Scipio Gentilis, *de bonis maternis*, chap. 19. C'est aussi ce qui résulte de deux arrets du conseil souverain de Frise, des 1er avril 1628 et 11 mai 1630, rapportés dans le recueil d'A-Sande, liv. 2, tit. 7, §. 4. Il s'agissait de savoir si un père avait pu renoncer par Transaction à une partie d'un legs fait à sa fille. Un premier arrêt avait déclaré la Transaction nulle. Mais, sur la revision qui en fut intentée, l'arrêt du 1er avril 1628 admit à prouver qu'il y avait eu de justes raisons pour transiger; et la preuve ayant été faite, l'arrêt du 11 mai 1630 déclara la Transaction valable, nonobstant le défaut de formalités.

Dans les pays coutumiers, un père n'a pas plus de pouvoir pour transiger au nom de son fils, que n'en a un simple tuteur pour transiger au nom de son pupille; encore ne peut-il le faire, dans la plupart des coutumes, sans au préalable avoir obtenu un jugement qui, d'après un avis de parens, lui defere la tutelle de son fils. *V.* l'article *Tutelle*.

[[Aujourd'hui, dans toute la France, le père ne peut plus transiger au nom de son fils, qu'avec toutes les formalités qui sont indispensables à un tuteur, pour pouvoir transiger au nom de son mineur. *V.* les mots *Puissance paternelle*, sect. 4, nos 11 et 14.]]

VIII. Un mari peut-il transiger au nom de sa femme?

Il le peut indistinctement dans le petit nombre de coutumes qui lui permettent d'aliéner les biens de celle-ci sans son consentement; mais, suivant l'esprit le plus général de notre droit coutumier, il est, à cet égard, de la même condition qu'un tuteur : comme lui, il peut transiger librement sur des actions purement mobilières : comme lui, il peut faire tels accords qu'ils trouve convenables, soit pour maintenir son épouse dans la propriété de ses biens, soit pour la faire renoncer à la revendication de biens qu'elle ne possédait pas; mais aussi, lorsqu'il est question d'abandonner un héritage qu'elle possède actuellement, l'autorité du mari expire, et il faut que la femme elle-même, paraisse à la Transaction. *V.* Rodenburg, *de jure conjugum*, tit. 2, chap. 3, n° 16; Voët, *ad Pandectas*, liv. 2, tit. 15, n° 5, et Charondas, liv. 5, rép. 14.

[[Il paraît cependant qu'on devait, même sous l'ancien droit, regarder comme nulle toute Transaction par laquelle un mari renonçait, pour sa femme, à la revendication d'un bien qu'elle ne possédait pas. Cela ne pouvait, du moins, souffrir aucune difficulté dans les coutumes où le mari ne pouvait pas exercer les actions réelles de sa femme, sans son intervention. Comment, en effet, aurait-il pu renoncer, sans le secours de sa femme, à une action pour l'exercice de laquelle le concours de sa femme lui était nécessaire?

Aujourd'hui la question est nettement décidée par le principe écrit dans l'art. 2045 du Code civil, que, *pour transiger, il faut avoir la capacité de disposer des objets compris dans la Transaction.*

V. l'article *Puissance maritale*, §. 2.]]

IX. Un grevé de substitution peut-il faire, sur la propriété des biens compris dans le fideicommis, une transaction capable de lier le fidéicommissaire?

Il paraît que les lois romaines lui en laissaient le pouvoir (1). L'ordonnance de 1747 ne le lui a pas ôté; mais elle l'a subordonné à une condition qui n'était pas requise par l'ancien droit : elle a voulu que toutes les Transactions concernant les biens substitués, fussent homologuées dans les parlemens ou conseils supérieurs, sur les conclusions du ministère public; et elle a déclaré que, faute de cette formalité, elles n'obligeraient que les grevés qui les auraient signées.

[[*V.* l'article *Substitution fidéicommissaire*, sect. 12, §. 1, n° 3, et sect. 18, n° 7.]]

(1) *V.* Voët, *loc. cit.*, n° 8.

X. Celui qui a ou peut avoir un différend avec plusieurs personnes, peut-il transiger avec une d'elles, sans la participation de ses consorts?

Non seulement il le peut, mais la Transaction qu'il fera avec elle, n'empêchera pas que son droit ne subsiste à l'égard des autres, et qu'il ne puisse, ou le faire juger ou en transiger d'une autre manière.

Ainsi, celui à qui deux tuteurs sont comptables d'une même administration, peut transiger avec l'un pour ce qui le concerne, et plaider avec l'autre.

Ainsi, le créancier d'un défunt peut transiger de son droit avec l'un des héritiers pour sa portion, et poursuivre les autres pour la leur :

Neque pactio neque Transactio cùm quibusdam ex curatoribus sive tutoribus facta, auxilio cæteris est, in his quæ separatim communitervè gesserunt vel gerere debuerunt. Cùm igitur tres curatores habueris, et cùm duobus ex his transegeris, tertium convenire non prohiberis. (Loi 1, C. *de Transactionibus*; loi 15, D. *de tutelâ et rationibus distrahendis*).

[[« La Transaction faite par l'un des intéressés, ne lie point les autres intéressés, et ne peut être opposée par eux ». *Code civil*, art. 2051.

V. ci-après, §. 4, n° 3.

XI. On a vu à l'article *Amende*, §. 5, n° 2, quels sont les cas où les préposés au recouvrement des impôts indirects peuvent transiger avec les contrevenans.

Dans ceux de ces cas où les Transactions faites par les préposés subalternes, ne peuvent être exécutées qu'avec l'approbation de leurs supérieurs, ces Transactions sont-elles obligatoires pour les prévenus de contravention qui les ont signées, après que les supérieurs des préposés avec qui elles ont été faites, les ont signées?

Pourquoi non? Voici cependant une espèce dans laquelle un tribunal d'arrondissement a jugé qu'elles étaient nulles.

Le 22 octobre 1808, les préposés de la régie des droits réunis à la résidence de Cognac, faisant la contre-visite des vins inventoriés de la dernière récolte, dressent, contre le sieur Hizard, un procès-verbal de saisie de plusieurs pièces de vin qu'ils trouvent chez lui en sus de ce qu'il a déclaré aux exercices de l'inventaire.

Le 29 du même mois, acte sous seing-privé par lequel, d'un côté, le sieur Hizard s'oblige de payer à la régie une somme de 215 francs

et les frais ; et de l'autre, le contrôleur principal, stipulant au nom de la régie, et sous le bon plaisir du directeur du département, renonce à l'amende et à la confiscation qui sont acquises à la régie, aux termes des art. 49 et 50 de la loi du 5 ventose an 12. Cet acte est fait double, et signé par les deux parties ; mais il n'est écrit que de la main du contrôleur, principal, et le sieur Hizard le signe sans y ajouter un *approuvé* portant, en toutes lettres la somme qu'il s'oblige de payer à la régie.

Cette transaction est soumise au directeur du département, qui l'approuve.

Cependant le sieur Hizard ne paie ni les 215 francs ni les frais.

Le 6 février 1809, une contrainte est décernée contre lui : il y forme opposition et demande la nullité de la Transaction, attendu 1° que le contrôleur principal avec lequel il l'avait passée, n'avait pas le pouvoir d'engager la régie ; 2° qu'à défaut d'*approuvé* de sa main, l'acte ne peut, d'après l'art. 1326 du Code civil, avoir aucun effet contre lui ; 3° que la loi du 25 novembre 1808 ayant aboli les droits d'inventaire, la prétendue Transaction se trouve sans objet.

Le 10 août de la même année, jugement du tribunal civil de Cognac qui, adoptant ces moyens de défense, déclare nul l'acte du 29 octobre 1808, et décharge le sieur Hizard de la contrainte.

Mais la régie se pourvoit en cassation et par arrêt du 21 juin 1811, au rapport de M. Cochard,

« Attendu 1° que l'acte du 29 octobre 1808 réunit tous les caractères d'une véritable Transaction, puisque la régie, par le fait de son préposé, a fait remise au sieur Hizard, pour prix de l'engagement contracté envers elle, de l'action résultant du procès-verbal de contravention dressé contre lui à l'effet de le faire condamner à l'amende et à la confiscation qu'il avait encourues ;

» 2° Qu'il est inadmissible à se prévaloir du prétendu vice résultant de la condition suspensive de la dite Transaction, puisqu'il avait consenti volontairement à ce que l'exécution d'icelle fût subordonnée à la ratification du directeur de la régie, ratification qui a eu lieu postérieurement ;

» 3° Que la suppression du droit d'inventaire pour les vins récoltés en 1808, était étrangère au fait sur lequel les parties avaient transigé ; ce qui suffit pour exclure toute idée d'un effet prétendu rétroactif que le défendeur impute gratuitement à la régie d'avoir voulu donner à cette loi, puisque ladite Transaction n'est relative qu'à la contravention par lui commise avant sa promulgation, et ne comprend que la confiscation et l'amende qu'il avait encourues, et non le droit d'inventaire aboli par cette même loi ;

» D'où il suit qu'en annulant, sous de semblables prétextes, ladite Transaction, le tribunal civil de Cognac a violé l'art. 2052 du Code civil, qui donne aux Transactions passées entre les parties, l'autorité de la chose jugée en dernier ressort, et qui ne permet pas de les attaquer pour cause d'erreur de droit, ou pour cause de lésion,

» Par ces motifs, la cour casse et annulle..... ».]]

§. II. *De quelles choses peut-on transiger?*

I. Pour qu'un droit quelconque puisse faire la matière d'une Transaction, il faut qu'il soit douteux et incertain, c'est-à-dire, qu'il soit, ou contesté en justice, ou de nature à l'être. Sans cette condition, l'acte qualifié de Transaction, ne formera qu'un engagement ordinaire. (Loi 2, C. *de Transactionibus* ; loi 1, D. *eod. tit*).

De là il suit qu'une chose certaine ne peut pas faire la matière d'une transaction ; et c'est par ce principe que se résoud la question de savoir si l'on doit considérer comme valable, la Transaction que font deux parties sur un procès qu'elles croyaient toutes deux encore indécis, mais qui se trouve jugé.

Les lois romaines font une distinction entre le cas où le jugement est susceptible d'appel, et celui où il est rendu en dernier ressort : dans le premier, elles décident que la Transaction doit subsister, parceque l'événement du procès et encore incertain ; mais, dans le second, elles déclarent qu'il n'y a point de Transaction, parceque les parties ayant leur sort réglé par un arrêt, n'avaient plus sujet de transiger (1).

(1) *Post rem judicatam, etiamsi provocatio non est interposita, tamen, si negetur judicatum esse, vel ignorari potest an judicatum sit, quia adhuc lis subesse possit, Transactio fieri potest.* (Loi 11, D. *de Transactionibus*).

Post rem judicatam, Transactio valet, si vel appellatio intercesserit, vel appellari potuerit. (Loi 7, D. *eod. tit*).

Si, causâ cognitâ, prolata sententia, sicut jure traditum est, appellationis vel in integrum restitutionis solennitate suspensa non est, super judicato frustrà transigi non est opinionis incertæ. (Loi 32, C. *de Transactionibus*).

Si post rem judicatam quis transegerit et solverit, repetere poterit, idcircò quia placuit Transactionem nullius esse momenti. Hoc enim imperator Anto-

La jurisprudence des arrêts est conforme à ces décisions.

« Si on avait transigé » (dit Deghewiet, *Institutions au droit belgique*, part. 2, tit. 6, §. 6, n° 7) « sur un procès qu'on crût indécis, et » qui fût cependant jugé en faveur de l'une » des parties, la Transaction serait nulle: il en » a été ainsi décidé au parlement de Flandre, » par arrêt du premier décembre 1706, entre » les nommés Mulle et Braem, au rapport de » M. de Cambronne. J'avais écrit pour l'une » des parties ».

Soefve, tome 1, centur. 2, chap. 37, nous retrace un arrêt semblable rendu au parlement de Paris, le 20 juillet 1647.

En voici un autre de la même cour, qui est rapporté par Brillon, au mot *Transaction*, n° 7 :

« Il y avait contestation entre le sieur de Montmorency et le sieur Levret de La Vassollerie, son beau-frère. Le fond de la contestation était pour une donation que Judith de Montmorency avait faite au sieur de La Vassollerie, dix ou onze jours avant leur contrat de mariage.

» Cette donation n'avait pas été rappelée dans le contrat de mariage. Le sieur de Montmorency, héritier de sa sœur, morte sans enfans, avait soutenu que la donation était nulle, et qu'elle devait être réputée contre lettre. Par sentence de la seconde chambre des requêtes du palais, la donation avait été déclarée nulle. Sur l'appel, le procès conclu à la deuxième des enquêtes, la sentence a été confirmée par arrêt rendu au rapport de M. de Vrevin, le 19 février 1716.

» Au moment que l'arrêt venait d'être rendu, les parties passèrent un acte en forme de Transanction (le même jour 19 février 1716), par lequel le sieur de Montmorency abandonnait au sieur de La Vassollerie une partie des effets de la succession.

» Le sieur de Montmorency prit des lettres de rescision contre cet acte, fondées sur deux moyens : 1° que le sieur de La Vassollerie avait été informé de l'arrêt, lorsqu'il engagea le sieur de Montmorency à transiger ; 2° que, supposé que ni l'une ni l'autre des parties n'en sussent rien, c'était ignorance de fait, d'avoir transigé après l'arrêt rendu, et après que le droit avait été acquis au sieur de Montmorency.

» Il y avait des présomptions qui faisaient croire que le sieur de La Vassollerie avait été instruit de l'arrêt ; mais on ne pouvait point en avoir de preuve certaine.

» Le sieur de La Vassollerie avait donné une requête pour articuler des faits, et pour demander à en faire preuve.

» Par arrêt du 11 juillet 1716, sans avoir égard à la requête du sieur de La Vassollerie, dont il a été débouté, les lettres ont été entérinées, l'acte a été déclaré nul, et il a été dit que l'arrêt serait exécuté avec dépens ».

A plus forte raison, la Transaction serait-elle nulle, s'il était prouvé qu'au moment où les parties l'ont souscrite, pour mettre fin à leurs contestations supposées encore indécises, l'une d'elles avait connaissance du jugement qui les avait irrévocablement terminées : alors, en effet, il y aurait, non seulement défaut de matière à Transaction, mais encore dol.

C'est à ce cas que se rapporte la loi 9, C. *de pactis* : « Si celui (dit-elle) avec qui Titia était » en procès sur la propriété de certains escla- » ves, après avoir découvert qu'il venait d'ê- » tre condamné par arrêt, a trompé Titia, et » l'a déterminée, par ses artifices, à abandon- » ner ses prétentions, ce pacte, arraché par la » mauvaise foi à la simplicité, est nul, et si l'on » ose s'en faire un titre pour poursuivre Titia, » le juge aura soin d'en décharger celle-ci ».

Leprêtre, cent. 2, chap. 8, rapporte deux arrêts qui sont calqués sur cette décision.

Le premier a déclaré nulle une Transaction surprise par un magistrat qui, ayant perdu son procès à Paris, était parti en poste pour aller transiger à Lyon, et y était arrivé avant que la partie adverse qui y demeurait, pût être informé de l'arrêt.

Dans l'espèce du second, rendu le 7 septembre 1608, « le jugement donné au matin, celui » qui avait perdu, en ayant ouï le bruit, alla » sur le midi trouver sa partie adverse, la » mena à la taverne, et, après avoir dîné, la fit » transiger ». L'arrêt annula pareillement la Transaction, et remit les parties au même état où elles étaient avant de la signer.

Brillon, à l'endroit cité, fait mention d'un arrêt du 6 mars 1705, « qui entérine les lettres » de rescision contre une Transaction faite » entre deux parties, dont l'une avait fait ac- » croire à l'autre qu'elle avait perdu son pro- » cès, quoiqu'elle l'eût gagné ».

La Peyrère, lettre T, n° 138, édition de 1725, cite deux arrêts semblables, rendus au parlement de Bordeaux, les 6 mars 1644 et 11 janvier 1646.

---

ninus cùm Divo patre suo rescripsit. Quid ergò si appellatum, vel hoc ipsum incertum sit an judicatum sit, vel an sententia valeat ? Magis est ut Transactio vires habeat ; tunc enim rescriptis locum esse credendum est, cùm de sententiâ indubitatâ, quæ nullo remedio attentari potest, transigitur. (Loi 25, §. 1, D. *de condictione indebiti*).

Basset, liv. 4, tit. 14, chap. 1, nous en fournit encore un du parlement de Grenoble, du 5 juin 1661, qui juge de même.

C'est aussi ce qu'a décidé un arrêt du grand conseil, du 26 août 1702, rapporté par Brillon, au mot *Arrêt*, n° 19.

[[L'art. 2056 du Code civil renouvelle, sur cette matière, les maximes de l'ancienne jurisprudence :

» La Transaction sur un procès terminé par un jugement passé en force de chose jugée, dont les parties ou l'une d'elles n'avaient point connaissance, est nulle.

» Si le jugement ignoré des parties, était susceptible d'appel, la Transaction sera valable ».

Que devrait-on décider, si les deux parties avaient eu, en transigeant, connaissance du jugement en dernier ressort qui avait statué sur leur différend ? La Transaction serait-elle nulle, par cela seul qu'il avait été précédemment rendu entre elles un jugement en dernier ressort, quoique d'ailleurs ce jugement fût sujet au recours en cassation ?

Voici ce que prononce là-dessus un arrêt de la cour de cassation, du 16 prairial an 13, que nous puisons dans le *bulletin civil* de cette cour:

« Par jugement du 6 germinal an 9, Antoine Lamotte avait fait condamner Claude Bourgeois, son fermier, à lui payer 472 francs pour prix de trois termes échus, et avait ensuite fait saisir ses meubles, et *fait signifier le jugement.*

» Le 11 du même mois, Bourgeois avait formé au tribunal de commerce, demande à Lamotte d'une somme de 280 francs pour vente de bœufs, dont celui-ci voulait que l'imputation fût faite sur ce que lui devait Bourgeois; cette demande n'avait pas été suivie.

» Le 23 floréal de la même année, Transaction notariée sur les deux instances, par laquelle Bourgeois consent la résiliation de son bail, promet payer à Lamotte 50 francs; au moyen de quoi, toutes instances demeurèrent assoupies et les parties quittes de toutes répétitions.

» Malgré cet acte, Lamotte poursuit la vente des effets saisis; Bourgeois s'y oppose, fondé sur la Transaction; et Lamotte insiste sur ce que la Transaction était nulle, comme intervenue sur un procès jugé en dernier ressort, et comme telle, frauduleuse et sans cause.

» Sur cette contestation, jugement du tribunal civil d'Autun, en date du 2 thermidor, qui déclare la Transaction nulle, et ordonne que les exécutions seront continuées.

» Bourgeois demande la cassation de ce jugement pour contravention aux lois qui assurent l'exécution des transactions, et fait voir que Lamotte avait intérêt de transiger, au moins pour obtenir la résiliation du bail; que d'ailleurs le jugement du 6 germinal n'était pas à l'abri de la cassation, et qu'on ne pouvait pas dire que les parties ignorassent le vrai état de la contestation, puisque Bourgeois avait reçu, de la part de Lamotte, signification du jugement du 6 germinal.

» La veuve Lamotte soutenait au contraire que, d'après la disposition de l'art. 5 du tit. 27 de l'ordonnance de 1667, la faculté du pourvoi en cassation n'ôte pas aux jugemens en dernier ressort l'autorité de la chose jugée; que la Transaction ne faisait pas mention du dessein où Bourgeois était de se pourvoir; et qu'ainsi, elle était frauduleuse, comme obtenue de Lamotte, dans une hypothèse où il n'avait aucun danger à courir.

» L'arrêt de cassation est ainsi conçu :

» Sur quoi, ouï le rapport de M. Brillart-Savarin;

» Vu les lois et l'édit d'avril 1560, qui ordonnent l'exécution des Transactions;

» Attendu que le jugement du 6 germinal an 9 avait été signifié à Bourgeois de la part de Lamotte, et que chacune des parties connaissait au vrai l'état de la contestation;

» Que, dans l'état où elles se trouvaient, elles pouvaient encore transiger sur la résiliation du bail et l'exécution du jugement;

» Qu'enfin, les juges d'Autun n'ont, ni précisé les circonstances de fraude, ni affirmé positivement que la Transaction dont il s'agit en fût la suite;

» La cour casse et annulle.....».

II Dans quels cas est-on censé et peut-on transiger sur les droits indivis qu'on a dans une succession? *V.* ci-après, §. 6, n° 13.]]

III. On ne peut transiger sur les dispositions d'un testament, sans en avoir fait ou s'en être fait faire lecture; et si l'on transige auparavant, l'acte est nul.

C'est ce que décide la loi 3, § 1, D. *de Transactionibus : Cùm Transactio propter fideicommissum facta esset, et posteà codicilli reperti sunt, quæro an quantominùs ex Transactione consecutâ mater defuncti fuerit, quàm parte suâ est, id ex fideicommissi causa consequi debeat? Respondi debere.*

La loi 6 du même titre est plus générale : *De his controversiis quæ ex testamento proficiscuntur, neque transigi, neque exquiri veritas aliter potest, quàm inspectis cognitisque verbis testamenti.*

La loi 12 du même titre est également fondée sur ce principe : *Si posteà condicilli proferuntur, non improbè mihi dicturus videtur de eo duntaxat re congitasse, quod illarum*

tabularum quas tunc novérat, scripturâ contineretur.

V. Voët, *ad Pandectas, loc. cit.*, n° 12.

Mais ne peut-on pas, en transigeant de la sorte, renoncer à l'inspection du testament et au droit de résilier que produit le défaut de cette inspection?

Non, répondent Voët sur le Digeste, liv. 2, tit. 15, n° 13, Peregrini, *de fideicommissis*, art. 52, n° 78, Gail, liv. 2, obs. 139, et Vinnius, *de Transactionibus*, chap. 5, n° 7, parceque, s'il est enjoint aux parties de prendre connaissance des dispositions du défunt avant de transiger, c'est pour empêcher que la volonté des testateurs ne demeure sans effet, et qu'il importe à l'ordre public de faire exécuter les derniers vœux d'un mourant. (Loi 5. D. *testamenta quæ madmodùm aperiantur*).

[[Le Code civil ne renouvelle pas, et conséquemment abroge, les lois citées. Une Transaction faite sur un testament, avant que les parties en aient pris lecture, serait donc valable aujourd'hui. Mais il est des cas où elle pourrait être rescindée. *V.* les art 2053, 2054 et 2057 du Code civil, rapportés ci-après, §. 5.]]

IV. Peut-on transiger sur la validité, l'effet ou l'étendue d'une pension alimentaire?

La loi 8, §. 2, D. *de Transactionibus*, décide qu'on le peut indistinctement, lorsque la pension a été constituée par un contrat, parcequ'ayant, en ce cas reçu l'être de la volonté des parties, il est naturel que la volonté des parties puisse aussi la modifier. *Nihil tam naturale est quàm unumquodcumque eo genere dissolvi quo colligatum est.* (Loi 35, D. *de regulis juris*).

Si la pension a été constituée par une disposition à cause de mort, il faut distinguer: ou la Transaction porte sur des arrérages, ou elle a pour objet les échéances à venir.

Au premier cas, elle est valable, suivant la loi 8, C. *de Transactionibus*. Au second, elle est nulle, si elle tend à éteindre ou à diminuer la pension; ou du moins en ce cas, elle ne peut avoir d'effet, si elle n'est homologuée par le juge avec connaissance de cause. C'est ce que décide la loi 8, D. *de Transactionibus*.

Quelques auteurs ont prétendu que cette loi ne devait plus être suivie dans nos mœurs. Tel est Zipæus, *Notitia juris Belgici*, liv. 1, titre *ae Transactionibus*.

Mais Groenwegem, *de legibus abrogatis*, sur la loi 8, C. *de Transactionibus*, Grotius *Manuductio ad Jurisprudentiam Hollandiæ*, liv. 3, chap. 4, n° 9, Voët, sur le Digeste, liv. 2, tit. 15, n° 14, la mettent au rang des lois encore en vigueur.

Ce qu'il y a de certain, c'est qu'elle a servi de base à un arrêt du parlement de Paris, du mois de septembre 1555, rapporté par Papon, liv. 18, tit. 1, n° 20.

[[*V.* l'article *Alimens*, §. 8.

IV. *bis* Peut-on transiger sur la question de savoir, si telle redevance est ou non comprise dans l'abolition des droits féodaux?

V. mon *Recueil de Questions de droit* aux mots *Rente foncière*, *Rente seigneuriale*, §. 22.]]

V. Peut-on transiger sur les questions matrimoniales?

Le chapitre dernier *de Transactione*, aux décrétales, fait entendre qu'on le fait valablement en faveur du mariage (1), mais jamais pour en opérer la dissolution ou en relâcher le lien.

De là, les arrêts cités aux mots *Séparation de biens*, *Séparation de corps* [[et *Conventions matrimoniales*, §. 2]], qui ont déclaré nulles des Transactions par lesquelles des époux avaient consenti de vivre séparément.

[[Mais quand le mariage est dissous par la mort du mari ou de la femme, rien n'empêche que les héritiers du prédécédé ne transigent, soit avec le survivant, soit avec ses héritiers, s'il est décédé lui-même, non seulement sur l'étendue des effets civils qu'il a produits, mais encore sur la question de savoir s'il en a produit effectivement, parce qu'alors, comme je l'ai établi à l'article *Mariage*, sect. 6, §. 2, quest. 5 sur l'art. 183 du Code civil, il n'y a plus à régler que des droits privés, et que l'ordre public est hors d'intérêt.

A plus forte raison devrait-on maintenir une Transaction par laquelle, en reconnaissant qu'il n'a existé qu'une ombre de mariage entre le prétendu époux prédécédé et le prétendu époux survivant, les héritiers du premier auraient accordé au second les mêmes droits de communauté que s'il avait existé un mariage valable.

C'est ce qui a été solennellement jugé dans l'espèce suivante.

Le 29 octobre 1799, Luc Crombez et Marie-Élisabeth Christiaens, domiciliés sous la coutume de Bruges qui faisait entrer dans la communauté conjugale (tit. 3, art. 1er et tit. 4, art 3) l'universalité des biens meubles et immeubles tant apportés respectivement par les époux, qu'échus à chacun d'eux pendant le

(1) [[*V.* mon *Recueil de Questions de droit*, à l'endroit cité au n° précédent.]]

mariage, se marient, non devant l'officier de l'état civil, mais devant un prêtre seulement, c'est-à-dire, en d'autres termes, qu'ils ne font que semblant de se marier.

Le 18 janvier 1812, Élisabeth Christiaens meurt sans enfans, après avoir vécu treize ans avec Luc Crombez, comme si elle eût été sa femme légitime.

Peu de temps après, Brunone Christiaens, sa sœur, fait assigner Luc Crombez devant le tribunal de première instance de Bruges, pour voir dire que, depuis le 29 octobre 1799 jusqu'au 18 janvier 1812, il avait existé entre lui et Marie-Élisabeth Christiaens, une communauté ou société universelle de tous biens présens, telle qu'elle est déterminée par l'art. 1837 du Code civil, et se voir condamner à rendre compte de cette société, avec dépens.

Le 26 août 1814, transaction entre les deux parties. Elles y reconnaissent que, par suite du mariage qui a été célébré en 1799, devant l'église, entre Luc Crombez et Marie-Élisabeth Christiaens, il a existé entre eux une communauté conjugale qui a été régie par la coutume de Bruges; et Luc Crombez s'oblige à rendre compte sur ce pied.

Luc Crombez présente en conséquence le compte de la communauté, et il y porte à son profit le quart de la succession de Barbe Christiaens, sœur de Marie-Élisabeth Christiaens, qui était décédée quatre jours avant celle-ci.

Brunone Christiaens s'élève contre cette prétention et soutient « que l'association conjugale ne saurait être que l'effet d'un mariage » légal, qui en est le titre et le principe; que, » dans l'espèce, par la publication de la loi » de 1792, les ministres du culte ont été dépouillés du caractère de fonctionnaires de » l'état civil, et que leur office a dû se borner » à l'administration des cérémonies religieuses, comme accidentelles à un mariage préexistant célébré devant l'autorité municipale du domicile de l'une des parties; que » ces dispositions étant d'ordre public, n'ont » pu faire l'objet d'une Transaction qui consacre un état de choses que la loi désavoue ».

Jugement qui, accueillant cette demande et sans avoir égard à la Transaction du 26 août 1814, rejette la prétention de Luc Crombez.

Mais sur l'appel, arrêt de la cour supérieure de justice de Bruxelles, du 18 octobre 1819, qui maintient la Transaction et ordonne qu'elle sera exécutée, « attendu qu'il a existé » pendant plusieurs années, entre Luc Crombez et Marie-Élisabeth Christiaens, une » communauté *de facto*, résultant de la vie » commune; que c'est sur l'étendue et les effets » d'une telle association que les parties » ont transigé; qu'en stipulant ainsi, il n'a » été transigé ni sur les dispositions de la loi » essentiellement constitutives du mariage civil, ni sur les effets que la loi y attache ».

Brunone Christiaens se pourvoit en cassation contre cet arrêt, et fait valoir quatre moyens: 1° violation de l'art. 13 de la sect. 1 du tit. 4 de la loi du 20 septembre 1792, relatif à la forme substantielle du mariage, et des art. 9, 1131 et 1132 du Code civil, qui réprouvent les conventions dérogatoires aux lois d'ordre public; 2° fausse application de l'art. 3 du tit. 4 de la coutume de Bruges, qui établissait une communauté universelle entre les époux; 3° contravention à l'art. 1390 du Code civil, qui défend aux époux et par conséquent à leurs héritiers respectifs, de stipuler que *leur association sera réglée par l'une des coutumes, lois ou statut locaux qui régissaient ci-devant les parties du territoire français, et qui sont abrogés par le présent Code*; 4° violation de la loi 3, §. 1, D. *pro socio*, qui suppose la nécessité d'une clause expresse pour qu'une société comprenne les successions à échoir, et surtout de l'art. 1837, du Code civil par lequel « toute stipulation » tendante à faire entrer dans la société la » propriété des biens à venir par succession, » est prohibée, sauf entre époux et conformément à ce qui est réglé à leur égard ».

Luc Crombez répond à ces quatre moyens, » que la Transaction n'a point porté sur la » validité ou sur la nullité du mariage, mais » uniquement sur l'étendue de la communauté reconnue avoir existé entre lui et » Marie-Élisabeth Christiaens; que l'arrêt » constate en fait que, malgré la connaissance qu'ils avaient de ne pas être légalement unis en mariage comme époux, » ils n'en avaient pas moins vécu en association de corps et de biens; que l'objet » du procès consistait seulement à savoir » ce qu'à dû comprendre cette société pour » toutes les parties intéressées: que c'est » sur cette étendue qu'on a transigé; que » l'on avait même assigné Luc Crombez » en reddition de compte de l'association qui » avait existé entre lui et Marie Élisabeth » Christiens; que le mariage n'a pas été la » cause impulsive, mais seulement l'occasion » de la Transaction ».

Par arrêt du 4 février 1812.

» Sur le premier moyen, attendu que l'arrêt attaqué a posé en fait que les parties qui ont transigé, avaient connaissance, 1° que le mariage de Luc Crombez avec feue Marie Elisabeth Christiaens, n'avait pas été contracté devant l'officier de l'état civil, mais seulement

devant le ministre du culte catholique; 2° que, nonobstant, Luc Combrez et Marie-Elisabeth Christiaens avaient, depuis le 29 octobre 1799, époque de leur union devant le curé, jusqu'au 18 juin 1812, jour du décès de cette dernière, cohabité ensemble; que, partant de ces faits, la cour a décidé que la Transaction du 26 août 1814 avait pour cause de terminer le procès existant entre parties sur les conclusions de la demanderesse en cassation, tendant à demander à Luc Crombez compte de la société universelle ayant existé entre lui et feue Marie-Elisabeth Christiaens; que, dans cette Transaction, les parties n'ont pas traité sur la validité ou sur la nullité du mariage, mais uniquement sur les intérêts civils et pécuniaires résultant d'une communauté qui avait existé entre deux individus, et sur lesquels intérêts l'un des associés, après la dissolution de la société, a transigé avec l'ayant-droit de l'associée prédécédé; que si cette décision en fait est basée sur l'interprétation de la Transaction, cette interprétation, qui n'est point contraire au texte littéral de la Transaction ni à l'intention des parties, et qui, par suite, ne tend pas à dénaturer le sens de la stipulation pour éluder la loi qui en prononcerait la nullité, rentre dans les attributions de la cour d'appel; d'où il suit que la Transaction ayant eu pour cause de mettre fin au procès, et les parties n'ayant traité que sur leurs intérêts civils, l'art. 13, sect. 1, tit. 4 de la loi du 20 septembre 1792, ni les art. 1131, 1134 et 2054 du code civil n'ont pas été violés;

» Sur le deuxième moyen, attendu que l'arrêt attaqué, en déclarant que la société qui, de fait, avait existé entre Luc Crombez et Marie-Elisabeth Christiaens, devait être réglée d'après les stipulations de la Transaction, par l'art. 1er du tit. 3 de la coutume de Bruges, n'a fait que décréter l'exécution d'une convention faite entre parties; d'où il suit que ledit article n'a pas été violé;

» Sur les troisième et quatrième moyens, attendu que, si la Transaction a eu lieu en 1814, elle avait pour objet de régler les intérêts civils d'une société commencée en 1799, et ainsi sous l'empire de la coutume de Bruges; d'où il suit que les parties, en transigeant sur les intérêts de cette société, pouvaient reconnaître que l'intention des associés à cette époque avait été de prendre pour règle de leur société, les dispositions de la coutume de Bruges, sans contrevenir à l'art 1390 du Code civil, ni à la loi 3, §. 1, D. *pro socio*, ni à l'art. 1837 dudit Code;

» Par ces motifs, la cour, ouï M. l'avocat général Delahamaïde en ses conclusions conformes, rejette le pourvoi...(1)».]]

VI. En général, tout ce qui blesse ou compromet la religion, l'ordre public, les mœurs, ne peut faire la matière d'une Transaction. *Privatorum pactionibus, juri publico derogari non potest.* [[Code civil, art. 6.]]

VII. Peut-on, d'après cette règle générale, transiger sur un délit?

On le peut, répondent les lois romaines, lorsque le délit est du nombre de ceux qu'on appelle *privés*, c'est-à-dire, qu'il ne consiste qu'en vol, en injure, ou en dommage causé par dol, faute ou impéritie; mais alors même, si le délit est de nature à produire une condamnation infamante, la Transaction imprime le sceau de l'infamie sur le coupable, parcequ'elle emporte, de sa part, un aveu qui équivaut à une condamnation. (Loi 54, §. dernier, loi 56, §. 4, D. *de furtis*, loi 4, §. dernier, loi 5, loi 6, §. 3, D. *de his qui notantur infamiâ*, §. pen., Inst. *de pœnâ temerè litigantium*, loi 1, D. *de confessis*, loi 56, D. *de rejudicatâ*).

A l'égard des crimes publics, continuent les législateurs romains, il faut distinguer s'ils sont de nature à mériter une peine capitale, ou non.

Parmi ceux de cette dernière espèce, il n'y a que le crime de faux qui soit susceptible de Transaction: si l'on transige sur d'autres, on est censé avouer, et il n'en faut point davantage pour être condamné à la peine infligée par la loi. (Loi 18, C. *de Transactionibus*; loi dernière, D. *de prævaricationibus*; Basilicon, liv. 11, tit. 2, loi 35; Voët, *ad Pandectas*, liv. 2, tit. 15, n° 17).

Quant aux crimes capitaux, on ne s'expose à rien en transigeant sur l'accusation qui en est intentée; mais les Transactions sont défendues à l'égard de l'adultère. (Loi 18, C. *de Transactionibus*; Voët, à l'endroit cité, n° 18).

Telles sont, sur cette matière, les dispositions du droit romain.

Dans nos mœurs, on distingue entre les Transactions qui tombent sur le crime même, et celles qui concernent les dommages-intérêts de la partie civile.

Comme la vengeance publique est réservée, dans nos mœurs, aux officiers du ministère public, eux seuls seraient fondés à transiger sur les crimes, s'ils pouvaient concilier un pareil droit avec les devoirs de leur état. Mais

(1) Jurisprudence de la cour supérieure de justice Bruxelles, année 1822, tome 1er, page 69.

on sent qu'ils ne le peuvent pas, et il est étonnant qu'il ait fallu des lois et des arrêts pour le leur interdire.

Serpillon, dans son *Code criminel*, page 1113, cite à ce sujet l'ordonnance de 1335, celle de 1535, l'art. 2 de celle de 1536, et un arrêt du parlement de Besançon, du 6 septembre 1718.

Jousse, dans son *Recueil chronologique*, tome 1, page 136, rapporte un arrêt semblable donné aux grands jours de Clermont, le 10 décembre 1665. Voici comment il est conçu, art. 4 : « sera informé de toutes » les compositions faites par les juges ou » seigneurs avec les accusés; et le procès » fait et parfait suivant la rigueur des ordon- » nances; sauf, en jugeant le procès, d'or- » donner ce qu'il appartiendra contre les » seigneurs par l'autorité desquels lesdites » compositions auraient été faites, même pour » la privation de leur justice, s'il y échet ».

Il n'en est pas de même des dommages-intérêts qui résultent des crimes. Comme ils sont purement de droit privé, rien n'empêche qu'ils ne fassent l'objet d'une Transaction entre les parties civiles et les accusés.

Il y a même un cas où une telle Transaction arrête les poursuites du ministère public : c'est lorsque l'accusation porte sur un crime auquel la loi n'inflige pas de peine afflictive: « enjoignons (porte l'art. 19 du tit. 25 de » l'ordonnance de 1670) à nos procureurs et » à ceux des seigneurs, de poursuivre inces- » samment ceux qui seront prévenus de crimes » capitaux, et auxquels il écherra peine afflic- » tive, nonobstant toutes Transactions et ces- » sions de droits faites par les parties; et à » l'égard de tous les autres, seront les Tran- » sactions exécutées, sans que nos procureurs » ou ceux des seigneurs puissent en faire au- » cune poursuite ».

Il y avait, dans le projet de l'ordonnance, un article qui défendait à toute personne de transiger sur des crimes de nature à provoquer une peine afflictive ou *infamante*, à peine de 500 livres d'amende, tant contre la partie civile, que contre l'accusé, et de conviction de celui-ci. Mais M. le premier président de Lamoignon et M. Pussort firent retrancher cette disposition.

Le fermier des domaines de l'Etat peut il transiger avec les notaires convaincus d'avoir faussement fait mention sur les expéditions des actes, que les minutes avaient été contrôlées : ou peut-on au contraire l'obliger à leur faire faire leur procès?

Une décision du conseil, du 25 avril 1739, a adopté le premier de ces deux partis; et en effet, il n'y a point de raison solide pour distinguer, à cet égard, le fermier des droits du roi d'avec un simple particulier. [[*V.* ci-devant, §. 1, n° 11.]]

Au reste, quand on dit que les parties civiles peuvent transiger sur les crimes, cela s'entend des crimes déjà commis; car une Transaction qui permettrait d'en commettre à l'avenir, serait radicalement nulle et ne produirait aucun effet. Les jurisconsultes romains l'avaient ainsi décidé implicitement par la loi 27, §. 4, D. *de pactis*, et par la loi 70, §. dernier, D. *de fidejussoribus*; et notre jurisprudence s'y est conformée. Louet, lettre B, §. 10, rapporte un arrêt du parlement de Paris, 18 septembre 1600, qui casse une Transaction par laquelle un simoniaque était maintenu en possession du bénéfice qu'il avait acquis par des voies illicites.

C'est sans doute sur le même fondement, qu'un grand nombre d'auteurs français regardent comme nulles les Transactions faites sur le faux; car ce crime est, à certains égards, du nombre de ceux qui ont ce qu'on appelle *tractum temporis*; et c'est en quelque sorte le continuer, que de jouir des effets du titre qui le renferme.

L'opinion de ces auteurs n'est cependant pas exacte : l'art. 52 du titre 2 de l'ordonnance de 1737 l'a modifiée avec beaucoup de sagesse; voici comment il est conçu :

« Les Transactions, soit sur l'accusation du » faux principal, ou sur la poursuite du faux » incident, ne pourront être exécutées, si » elles n'ont été homologuées en justice, qu'a- » près avoir été communiquées à nos procu- » reurs ou à ceux des haut-justiciers, lesquels » pourront faire, à ce sujet, telles requisitions » qu'ils jugeront à propos; et sera, le présent » article exécuté à peine de nullité ».

[[L'art. 249 du Code de procédure civile renouvelle cette disposition pour le faux incident : « Aucune Transaction sur la poursuite » du faux incident (porte-t-il), ne pourra être » exécutée, si elle n'a été homologuée en jus- » tice, après avoir été communiquée au minis- » tère public, qui pourra faire, à ce sujet, » telles réquisitions qu'il jugera à propos ».

Du reste, le Code civil dit, en termes généraux et indéfinis, art. 2046 : « On peut tran- » siger sur l'intérêt civil qui résulte d'un dé- » lit. La Transaction n'empêche pas la pour- » suite du ministère public ». *V.* l'article *Action publique*, et ci-après, §. 4, n° 7.]]

§. III. *De quelle manière, et dans quelle forme peut-on et doit-on transiger?*

1. Les Transactions n'exigent pas plus de

formes que les conventions ordinaires. La loi 28, C. *de Transactionibus*, déclare qu'il importe peu si l'on transige en jugement ou dehors, par écrit ou devant témoins, et que dès qu'il y en a une preuve légale, c'est tout ce qu'il faut.

Domat dit qu'il est nécessaire, dans nos mœurs, que la Transaction soit rédigée par écrit. Si cependant l'objet litigieux n'excédait pas 100 livres, ou 300 florins dans le ressort du parlement de Flandre, rien n'empêcherait qu'on n'en reçût la preuve par témoins. *V.* l'article *Preuve*.

[[L'art. 2044 du Code civil porte, sans distinction, que *ce contrat doit être rédigé par écrit*.

Résulte-t il de là que l'écriture est de l'essence de la Transaction? *V.* mon *Recueil de Questions de droit*, au mot *Transaction*, §. 8.

En résulte-t il que l'on doit tenir pour nulle une transaction sous seing-privé par laquelle une des parties s'est obligée de payer à l'autre une somme quelconque, lorsque cette partie n'a pas écrit l'acte de sa main, qu'elle n'a pas fait précéder sa signature d'un *bon* ou d'un *approuvé* contenant en toutes lettres le montant de la somme, et que d'ailleurs elle convient avoir signé cet acte avec l'intention de transiger réellement *V.* l'article *Double écrit*, n° 8-10, et l'arrêt de la cour de cassation rapporté ci-devant, §. 1, n° 11.

Pour qu'un acte ait le caractère et les effets d'une Transaction, est-il nécessaire que les parties lui en aient expressément donné le nom? *V.* l'arrêt du 7 juillet 1812, rapporté ci-après, §. 5, n° 5.

II. Est-il essentiel qu'une Transaction soit homologuée par le juge saisi du procès qu'elle termine?

Non: la loi romaine qu'on vient de citer, décide assez clairement que cela est inutile; et tel est notre usage; sauf le petit nombre d'exceptions qu'on a retracées ci devant, §. 1 et 2.

Il a même été jugé par un arrêt du parlement de Paris, du 23 mai 1702, rapporté dans le recueil d'Augeard, qu'une Transaction faite *sous le bon vouloir et le plaisir de la cour*, était obligatoire avant l'homologation.

Le *Journal du palais*, tome 1, page 353 de l'édition *in fo.* fait aussi mention d'un arrêt du parlement de Provence, du 26 mars 1670, qui confirme une Transaction par laquelle il était stipulé qu'elle serait homologuée en cour de Rome, quoique l'homologation ne s'en fût pas ensuivie, et qu'il fût question d'un bénéfice.

On trouve au même endroit un autre arrêt du 1er février 1673, qui juge absolument de même au sujet d'une Transaction faite par l'abbé commendataire de Saint Martin de Crouys en Provence, sur la propriété d'une seigneurie.

[[*V.* mon *Recueil de Questions de droit*, aux mots *Contrat judiciaire*.]]

III. Nous avons dit plus haut, §. 1, qu'on peut transiger par procureur. Ce principe, vrai en lui-même, a donné lieu, dans la pratique, à quelques difficultés qui se rapportent à la forme des Transactions.

Voici une espèce qui nous est retracée par Denisart:

« La dame d'Audenfort s'étant pourvue par » lettres de rescision contre un acte passé en » forme de Transaction entre son fondé de » procuration et celui du marquis de Beaufort, » auxquels chacune des parties avait donné » une procuration conçue dans les mêmes ter- » mes, et contenant pouvoir de transiger de » l'avis de quatre arbitres nommés dans les » procurations, a prétendu que, quoiqu'on » eût donné la forme de Transaction à cet acte, » il ne devait cependant être considéré que » comme sentence arbitrale; elle en avait ap- » pelé sous cette dénomination; mais parce- » que les procurations contenaient pouvoir de » transiger, la dame d'Audenfort a été dé- » clarée non-recevable en son appel, par arrêt » rendu à la grand'chambre, au rapport de » M. Titon, le lundi 1er septembre 1760 ».

Mais n'en doit-on pas décider autrement, lorsque les mêmes individus sont à-la-fois nommés arbitres et constitués procureurs pour transiger? Ne peut-on pas dire qu'en ce cas, l'intention des parties a été de faire rendre un jugement arbitral, et que la procuration pour transiger qu'elles ont donnée aux arbitres, n'est qu'une manière indirecte de renoncer à l'appel, ce qui n'est pas permis.

Il existe là-dessus quatre arrêts bien remarquables: l'un du parlement de Dijon, le second du parlement d'Aix, les deux autres de celui de Douay.

Par le premier, rendu le 16 juillet 1669, il a été décidé qu'encore que, dans un compromis, il eut été dit que les arbitres dresseraient une Transaction, et que les parties seraient tenues de la signer, à peine de tous dépens, dommages et intérêts, néanmoins il était libre à l'une des parties de ne pas signer après que l'autre l'avait fait, et que son refus ne l'exposait nullement à des dommages-intérêts (1)

(1) Cet arrêt est rapporté par Raviot, sur Perrier, quest. 328. n° 13. Mais nous ne devons pas passer sous silence l'arrêt contraire dont cet auteur fait mention au même endroit. Voici comment il s'explique: « Si « les arbitres étaient établis procureurs spéciaux pour

Par le second, intervenu le 1er juin 1683, et rapporté dans le recueil de Bonificace, tome 4, liv. 8, tit. 4, chap. 3, il a été jugé » que la » stipulation pénale de se tenir à la Transac- » tion qui serait dressée par des avocats » arbitres, est nulle ».

Les deux autres arrêts ont été rendus dans l'espèce suivante.

Les sieurs Barbieux et Descamps, bourgeois de Saint-Amand, avaient entre eux cinq procès, dont l'un avait pour objet un saule, le second une gageure de douze francs, et les trois autres, des réparations d'injures. Pour terminer amiablement des contestations aussi peu dignes de l'attention de la justice, ils ont passé devant notaires, le 26 mars 1776, un acte dont il ne sera pas inutile de rapporter ici les principales clauses.

Les parties reconnaissent dans le préambule, que, « sur l'entremise de leurs amis com- » muns, désirant terminer à l'amiable lesdits » procès, éviter les frais ultérieurs, rétablir » entre elles la paix, l'union et concorde que » ces différentes contestations avaient ban- » nies de leurs familles respectives, et étouf- » fer toutes semences d'inimitié; et tous germes » de discussion, elles sont convenues et accor- » dées d'y mettre fin *par la voie d'arbitrage* » *et de Transaction absolue et irrévocable* ». En conséquence, « croyant ne pouvoir con- » fier mieux leurs intérêts qu'à messire Jean- » Baptiste Joseph Dupont, chevalier, ancien » conseiller en la cour, et à Me Pierre-Ignace » Joseph Yolent, avocat à ladite cour, et con- » seiller pensionnaire de la ville de Douay, » lesquels sont déjà instruits de leurs diffé- » rends, elles les ont choisis pour *arbitres*, » *amiables compositeurs et transacteurs*, les » priant, *nommément en cette dernière qua-* » *lité*, de terminer et transiger sur toutes » leurs difficultés ». Les parties promettent ensuite « d'agréer, ratifier et confirmer, dès » le moment de la passation de l'acte, tout ce » qui sera par eux réglé et statué sur leurs dif- » férentes contestations, comme si elles-mê- » mes en personne avaient transigé sur icel- » les ». Enfin, elles consentent « que ladite » *Transaction* soit homologuée à frais com- » muns, par les prévôts et échevins de Saint- » Amand, pour sortir son plein et entier effet».

Les sieurs Dupont et Yolent ont répondu aux vues des parties; « et voulant, conforme- » ment à icelles, terminer tous leurs diffé- » rends par la voie la plus sûre et la plus irré- » vocable, ils ont, en leur dernière qualité » qui leur était donnée, *transigé*, au nom » des parties sur ces cinq procès ». Ce sont les termes de l'acte qu'ils ont fait entre eux, le 15 avril 1776.

Les sieurs Descamps, mécontens de cette Transaction, en ont interjeté appel, en la qualifiant de sententence arbitrale.

Les sieurs Barbieux ont soutenu qu'*appel n'échéait*, parceque l'acte n'était pas une sentence, mais une Transaction, et qu'elle en avait tous les caractères.

Par arrêt du 27 mai 1778, la cour, faisant droit *entre les sieurs Descamps, appelans de la sentence arbitrale, sous le nom de Transaction, rendue par Mes Dupont et Yolent, le 15 avril 1776 et les sieurs Barbieux, intimés*, a débouté ceux-ci de la fin de non-recevoir par eux proposée contre l'appel; *a déclaré, suivant ce, qu'il serait procédé au jugement de l'appel de la sentence dont il s'agit*; et les a condamnés aux dépens. En conséquence, cinq arrêts, des 22, 24 et 25 juillet suivant, ont fait droit sur les cinq procès, et ont infirmé les dispositions que la sentence arbitrale renfermait sur chacun.

Les sieurs Barbieux, dans l'espérance de faire crouler ces cinq arrêts, ont attaqué, par la voie de révision, celui du 27 mai 1778. On a prétendu qu'ils n'y étaient pas recevables, parcequ'ils avaient exécuté cet arrêt purement et simplement, en instruisant et laissant juger sans protestation les cinq procès dont il s'agissait. Mais par arrêt du 13 mars 1779, cette fin de non recevoir a été rejetée, et il a été ordonné qu'il serait procédé au jugement de la révision.

On a donc révisé la question qui avait été jugée, le 27 mai 1778; et par arrêt du 20 mars 1779, rendu au rapport de M. Vanrode, les chambres assemblées, il a été décidé qu'erreur n'était intervenue; et les sieurs Barbieux ont été condamnés à l'amende et aux dépens de la révision.

[[Cette jurisprudence, uniquement fondée sur l'étrange maxime, reçue alors, qu'on ne pouvait pas renoncer à la faculté d'appeler d'une sentence arbitrale, s'est écroulée, dans le nouvel ordre judiciaire, avec sa base. *V.* l'article *Arbitrage*, nº 39.]]

§. IV. *Des effets des Transactions.*

I. Le principal, ou plutôt l'unique effet d'une Transaction, est qu'elle éteint à jamais

» faire et signer une Transaction pardevant notaires, » l'acte est parfait, *nec datur pœnitentiæ locus*, si » les arbitres fondés de pouvoir ont signé, quoique » les parties n'aient point signé la Transaction...; » C'est ce qui fut décidé à l'audience publique du 21 » juillet 1671, au profit de Pierre Chamereau, contre » le procureur Demartinécourt, qui fut débouté de ses » lettres de restitution, avec dépens.

le différend qu'on s'est proposé, en la faisant, de terminer ou de prévenir, et qu'elle tient lieu d'un jugement en dernier ressort. *Non minorem auctoritatem Transactionum, quàm rerum judicatarum esse rectâ ratione placuit.* (Loi 20, *C. de Transactionibus*).

[[« Les Transactions ont, entre les parties, » l'autorité de la chose jugée en dernier ressort ». *Code civil*, art. 2052.]]

II. Mais plus une Transaction a de force, plus on doit être sévère à en restreindre les dispositions aux objets qui y sont compris nommément.

Toute Transaction, dit la loi 9, §. 1, D*de Transactionibus*, doit être bornée aux choses qui ont été exprimées dans l'accord des parties. Ainsi, continue le même texte, §. 3, le fils qui, étant déshérité par son père n'est pas encore déterminé à intenter contre son Testament la plainte d'inofficiosité, peut, sans risque, traiter sur d'autres objets avec l'héritier institué; et il n'aura point à craindre qu'on soutienne, sur ce fondement, qu'il a aussi transigé sur la validité des dispositions paternelles: *Et qui nondùm certus ad se querelam contrà patris testamentum pertinere, de aliis causis cùm adversario pacto transegit, tantùm in his interpositum pactum nocebit, de quibus actum inter eos probatur.*

Le commencement de la même loi nous fournit un autre exemple de notre principe. Si un majeur, y est il dit, a transigé avec son tuteur sur le compte de sa portion dans les biens de son père, et qu'il succède ensuite à son frère à qui le même tuteur était comptable de l'autre portion, la Transaction n'empêche pas que les mêmes contestations qu'elle a réglées pour une portion, ne subsistent pour l'autre; et elle n'a, quant à celle-ci, aucun effet: *Qui cùm tutoribus suis de solâ portione administratæ tutelæ suæ egerat et transegerat, adversùs eosdem tutores ex personâ fratris sui qui heres extiterat, agens, præscriptione factæ Transactionis non summovetur.*

Par la même raison, lorsque, dans une Transaction, les parties renoncent à tous droits, actions ou prétentions, cette renonciation ne doit s'entendre que des droits relatifs à l'objet qui faisait la matière de la contestation. C'est ce que décide la loi 31, C. *de Transactionibus: Si de certâre pacto Transactionis interposito hoc comprehensum erat nihil ampliùs peti, etsi non additum fuerat eo nomine, de cæteris tamen quæstionibus integra manet quæstio.*

Ainsi, après avoir demandé qu'un héritier fût condamné à me payer différentes sommes que je soutenais m'être dues par la succession, si je transige sur cette prétention, et qu'au moyen d'une somme que l'héritier me paie, je me désiste de ma demande et renonce à tous droits et actions, ma renonciation ne s'étendra point aux droits et actions que je puis avoir contre l'héritier pour raison de créances qui lui seraient personnelles.

[[Le Code civil renouvelle et confirme expressément toutes ces maximes:

« Art. 2048 Les transactions se renferment dans leur objet: la renonciation qui y est faite à tous droits, actions et prétentions, ne s'entend que de ce qui est relatif au différend qui y a donné lieu.

« 2049. Les transactions ne règlent que les différends qui s'y trouvent compris, soit que les parties aient manifesté leur intention par des expressions spéciales ou générales, soit que l'on reconnaisse cette intention par une suite nécessaire de ce qui est exprimé.

» 2050. Si celui qui avait transigé sur un droit qu'il avait de son chef, acquiert ensuite un droit semblable du chef d'une autre personne, il n'est point, quant au droit nouvellement acquis, lié par la Transaction antérieure ».

C'est d'après ces principes, que doit se décider la question de savoir si les héritiers d'un blessé, qui est mort de ses blessures après avoir transigé sur les dommages-intérêts qu'il avait à prétendre, peuvent poursuivre le meurtrier, nonobstant cette Transaction.

Serpillon, dans son *Code criminel*, page 1111, décide qu'ils en ont le droit, et que la Transaction du défunt ne peut pas leur être opposée comme fin de non-recevoir, par-ce qu'il l'a faite sur de simples blessures et non sur un meurtre, *de vulnerato et non de occiso*. C'est aussi ce qu'ont jugé deux arrêts du parlement de Paris, des 18 janvier 1631 et 21 décembre 1651. Le premier est rapporté au *Journal des audiences*, et le second au *supplément* du même recueil.

[[Les mêmes principes ont encore déterminé un arrêt de la cour de cassation, du 5 juin 1821 qui est rapporté aux mots *Chose jugée*, §. 1.]]

III. Une Transaction ne peut faire loi qu'entre ceux qui ont transigé; elle ne peut pas préjudicier aux droits de ceux qui n'y ont point été parties.

Imperatores Antonius et Verus rescripserunt: privatis pactionibus non dubium est non lædi jus cæterorum; quare Transactione quæ inter heredem et matrem defuncti facta est, neque testamentum rescisum videri posse, neque manumissis vel legatariis actiones suæ ademptæ. (Loi 3, D. *de Transactionibus*).

Transactione matris filios ejus non posse fieri servos notissimi juris est. (Loi 26, C. *de Transactionibus*).

[[*V.* ci-devant, §. 1, n° 10.

Le créancier qui transige avec la caution de son débiteur, peut la décharger seule; et alors il sera censé s'être réservé son action contre celui-ci. Mais si c'est avec le débiteur même qu'il a transigé, la Transaction sera commune à la caution, parceque son obligation n'est qu'accessoire à celle du débiteur. La loi 7, §. 1, D. *de Transactionibus*, est là-dessus très-expresse : *Si fidejussor conventus et condemnatus fuisset, mox reus transegisset cùm eo cui erat fidejussor condemnatus, an Transactio valeat quæritur? Et puto valere, quasi omni causâ et adversùs reum et adversùs fidejussorem dissolutâ. Si tamen ipse fidejussor condemnatus transegit, Transactio non peremit rem judicatam.*

IV. On ajoute quelquefois à une Transaction la stipulation d'une peine contre celui qui manquera de l'exécuter.

En ce cas, l'inexécution des clauses de l'acte donne le droit d'exiger la peine convenue, suivant les règles expliquées à l'article *Peine contractuelle*. C'est ce que porte la loi 37, C., et la loi 16, D. *de Transactionibus*.

[[L'art. 2047 du Code civil dit également : « On peut ajouter à une Transaction la stipulation d'une peine contre celui qui manquera de l'exécuter ».]]

On a cependant quelquefois prétendu que cette peine était purement comminatoire : on se fondait sur la jurisprudence de quelques parlemens qui réputent effectivement telle la peine stipulée par les compromis.

Mais il y a une grande différence entre l'une et l'autre. Par le compromis, on se donne des juges; par la Transaction, on devient son juge propre. Par le compromis, on se soumet à la décision d'autrui; par la Transaction, on s'impose à soi-même la loi. Par le compromis, on promet de s'en rapporter à ce qui sera décidé par une sentence arbitrale; la Transaction est un arrêt contre lequel il n'est pas possible de se pourvoir.

Mais n'en doit-il pas être autrement, lorsqu'il y a des lettres de rescision prises contre la Transaction?

Ce qui paraît tirer ce cas de la thèse générale, c'est que, si le juge entérine les lettres, la Transaction étant entièrement rescindée, la stipulation ne subsiste plus.

V. Une somme promise par Transaction, pour une réparation civile, peut-elle produire des intérêts, quand il est stipulé que le débiteur les paiera, en cas de retard à s'acquitter?

Il y a dans le Journal du palais, un arrêt du 11 juin 1682, qui juge pour l'affirmative. [[*V.* l'article *Intérêt*, §. 3, n° 10.]]

VI. La Transaction sur la propriété d'un héritage, donne-t-elle ouverture aux droits de quint ou de lods et ventes?

Non : car, ou l'héritage est abandonné à celui qui en avait déjà la possession, et comme alors il n'y a point de mutation, nul doute qu'il n'est rien dû au seigneur; ou le possesseur restitue l'héritage à la partie avec laquelle il transige, en reconnaissant qu'elle en est le véritable propriétaire; et comme cette restitution ne transfère pas à celle-ci le domaine d'une chose qui est reconnue lui avoir précédemment appartenu, nul doute encore que le seigneur ne peut exiger aucun droit, quand même cette Transaction serait faite moyennant quelque somme d'argent, à moins qu'on ne prouvât que c'est réellement une vente que les parties ont faite sous le nom de Transaction.

Telles sont là-dessus les véritables maximes : elles sont enseignées par Dumoulin, sur la coutume de Paris, art. 22, n°s 66 et 67; par d'Argentrée, *de laudimiis*, §. 55; par Dunod, *de la main-morte*, chap. 5; par Raviot, sur Perrier, quest. 20 et 124; et par une infinité d'autres auteurs.

Il y a cependant des coutumes qui en disposent autrement : celle de Hainaut, chap. 104, art. 15, porte que si deux contendans pour la propriété d'un fief, font entre eux une Transaction en vertu de laquelle celui à qui le fief demeure, est tenu de donner à sa partie une certaine somme par forme d'indemnité, le seigneur peut prétendre son quint sur cette somme.

[[La loi du 22 frimaire an 7, art. 68, §. 1, n° 45, range parmi les actes qui ne doivent à l'enregistrement qu'un droit fixe d'un franc, « les Transactions, en quelque matière que » ce soit, qui ne contiennent aucune stipulation de somme et valeur, ni dispositions » soumises par la présente à un plus fort droit » d'enregistrement ». *V.* l'article *Partage*, §. 11.

Mais si, par la Transaction, l'une des parties abandonnait à l'autre un objet non litigieux pour l'indemniser du sacrifice de ses prétentions sur les choses en litige, l'abandon de cet objet constituerait une mutation de propriété qui donnerait nécessairement ouverture à un droit proportionnel d'enregis-

ment. C'est ce qu'a jugé un arrêt de la cour de cassation, du 11 avril 1808, dont le *Bulletin civil* de cette cour nous présente ainsi l'espèce et le dispositif:

« Le 24 messidor an 10, contrat de mariage entre le sieur Collart et la demoiselle Toisoul : *les époux apportent en subside de mariage, tous leurs biens meubles et immeubles... L'époux survivant, s'il n'y a pas d'enfans, jouira de l'usufruit des biens du prédécédé ; à la mort du survivant, les biens passeront, savoir, ceux du mari, à ses parens, et ceux de l'épouse, à Marie-Agnès Toisoul, femme Oudot, ou à ses enfans, dans le cas où ladite femme Oudot viendrait à décéder avant les époux.*

» Les contractans s'interdisent la faculté de révoquer en tout ou en partie leurs conventions, soit par testament ou autrement.

» Le 14 fructidor an 10, ils se font donation réciproque de tous leurs biens meubles et immeubles en déclarant nuls tous actes antérieurs, notamment les conventions contraires à cette donation et contenues dans leur contrat de mariage.

» Le 9 prairial an 12, l'épouse meurt sans enfans; le mari se met en possession des biens de sa femme, et paie le droit de mutation ; mais la dame Oudot lui en conteste la propriété.

» Le 14 fructidor an 12, jugement du tribunal de Dinant qui maintient la dame Oudot dans la propriété de tous les biens de sa sœur, à la charge de l'usufruit au mari pendant sa vie, conformément au contrat de mariage du 24 messidor an 10.

» Sur l'appel, les parties se rapprochent; et le 7 ventôse an 12, Transaction, par laquelle Collart consent que la dame Oudot reste absolue propriétaire et maîtresse de moitié par indivis de chacun des biens qui sont désignés. La dame Oudot renonce à ses droits et prétentions sur les autres biens. Par une dernière clause, les frais d'enregistrement et de Transcription sont mis à la charge de Collart.

» La régie a pensé que cet acte opérait une mutation de propriété et d'usufruit de la moitié des biens composant la succession de la dame Collart, soit en faveur de son mari, soit en faveur de sa sœur, puisque l'un et l'autre réclamaient la totalité de cette succession en vertu de titres différens. En conséquence, elle a décerné contre Collart une contrainte de 5.600 francs.

» Le 29 avril 1806, jugement du tribunal civil de Namur, qui décharge Collart de la contrainte décernée contre lui, sur le fondement que l'appel du jugement du 14 fructidor an 12 en avait suspendu les effets, et avait laissé les choses dans la même incertitude qu'elles étaient avant ce jugement; et que, par la Transaction, la question sur la propriété des biens qui faisaient l'objet de la contestation, n'était pas moins restée incertaine, puisqu'il était toujours incertain de savoir si Collart était fondé pour le tout; qu'ainsi, il ne pouvait y avoir de mutation de propriété pour la moitié abandonnée par ladite Transaction.

» Violation de l'art. 4 de la loi du 22 frimaire an 7. L'arrêt de cassation est ainsi conçu :

» Ouï le rapport de M. Vallée, l'un des juges.....;

» Vu l'art. 4 de la loi du 22 frimaire an 7;

» Attendu que, s'il pouvait exister quelqu'incertitude résultant du choc du contrat de mariage des époux Collart, et de la donation réciproque qu'ils se sont faite ensuite de tous leurs biens, du moins il n'en peut exister quant à l'usufruit des biens laissés par la défunte à son mari;

» Que, par la Transaction du 7 ventôse an 13, celui-ci a cependant cédé à la dame Oudot une partie de l'usufruit qui lui appartenait; qu'il y a donc, à cet égard, une mutation à raison de laquelle il est dû un droit, conformément à l'article ci-dessus transcrit;

» Que, suivant la Transaction, le défendeur est tenu de payer les droits d'enregistrement qu'elle entraînerait; qu'ainsi, en déclarant indéfiniment la régie non-recevable et mal fondée dans sa demande, le jugement attaqué a violé l'art. 4 de la loi ci-dessus indiquée;

» La cour casse et annulle.... ».

VII. La Transaction passée entre une partie civile et un prévenu de crime ou délit, fait-elle obstacle à ce qu'en déchargeant le prévenu des poursuites du ministère public, les juges condamnent la partie civile aux frais de la procédure envers le trésor royal?

La négative résulte clairement de ce qui est dit au mot *Désistement*, n° 5.

Cependant le tribunal correctionnel du chef-lieu du département de Tarn et Garonne en avait jugé autrement le 30 décembre 1812, en faveur de Jean Marty, qui, pendant l'appel interjeté, par Jean-Baptiste Coste, d'un jugement du tribunal correctionnel de Moissac, rendu dans une affaire où il agissait contre celui-ci comme partie civile, s'était désisté, par une Transaction, de toutes ses demandes en dommages et intérêts. Mais le procureur criminel s'étant pourvu en cassation

arrêt est intervenu, le 5 février 1813, au rapport de M. Oudart, par lequel,

« Vu les art. 66 et 182 du Code d'instruction criminelle, et l'art. 157 du décret du 18 juin 1811;

» Attendu que Jean Marty s'était constitué partie civile, en faisant citer Jean-Baptiste Coste et sa femme devant le tribunal correctionnel de l'arrondissement de Moissac, suivant les art. 66 et 182 du Code d'instruction criminelle, et en concluant contre eux à 9,000 francs de dommages-intérêts et à d'autres réparations civiles; que c'est par le fait même de Marty, par la suite nécessaire de l'action civile intentée par lui, qu'il y a eu, dans la cause, jugement en première instance, appel à la requête de Coste condamné, citation sur cet appel à la requête du ministère public, et jugement en dernier ressort; que la Transaction des parties civiles, sur leurs intérêts, n'avait pas été notifiée au ministère public; qu'elle n'a été exhibée qu'à l'audience en cause d'appel; et qu'enfin, elle ne pouvait faire obstacle à l'exercice de l'action publique provoquée par la citation et les conclusions à fins civiles de Marty;

» D'où il suit que le tribunal du chef lieu du département de Tarn et Garonne, en refusant de condamner aux frais Jean Marty, partie civile et dont il a rejeté les demandes, a violé les lois citées ci-dessus;

» Par ces motifs, la cour casse et annulle..... ».]]

§. V. *Dans quels cas et par quels moyens peut-on faire annuler ou rescinder une Transaction?*

I. Chacun doit remplir les obligations auxquelles il s'est soumis volontairement; il n'est permis à personne de s'en dégager: telle est la loi générale: *nemini licet adversùs sua acta venire;* mais il faut que la volonté des contractans n'ait point été surprise, *et contrahentes decipere.* Ce sont les termes de la loi dénultième, C. *de pactis.*

Le dol et la surprise forment donc une exception favorable pour celui qui en est la victime. Cette exception, dit Cujas, vient au secours du droit civil; elle en supplée les lacunes, elle en corrige les rigueurs: *exceptio doli subsidio est juri civili deficienti aut repugnanti;* elle peut être opposée dans tous les cas, dans les contrats, dans les quasi-contrats, et même dans les jugemens; c'est une défense fondée sur l'équité naturelle, pour se soustraire à des obligations dans lesquelles on ne se trouve engagé que par les ruses et l'artifice de ceux qui avaient intérêt de nous les imposer: *Exceptio doli generalis est, quæ datur ubicumque æquitas defensionis id exigit, accommodaturque omnibus negotiis, omnibus judiciis: per exceptionem doli inducitur retractatio rei judicatæ.* Cette doctrine est de tous les temps comme de tous les lieux, et elle s'applique à tous les actes, de quelqu'espèce qu'ils soient.

Ainsi, quand les lois ne diraient pas que l'exception du dol est admise contre les Transactions, les principes et la raison suppléeraient suffisamment à leur silence. Mais elles n'ont eu garde d'omettre un objet aussi important.

La loi 19, C. *de Transactionibus*, décide que, si j'ai abandonné par Transaction un droit que je ne pouvais pas soutenir faute d'un titre retenu par ma partie, je rentrerai par la suite dans mon droit, si le titre vient à paraître. La loi 9, §. 2, D. *de Transactionibus*, porte qu'il en serait de même d'un héritier qui aurait transigé avec son cohéritier, dont le dol lui aurait ôté la connaissance de l'état des biens.

L'ordonnance de Charles IX, du mois d'avril 1560, déclare pareillement que les Transactions auxquelles le *dol* ou la *force* ont donné l'être, sont rescindables.

C'est sur cette maxime que sont fondés les arrêts rapportés ci-devant, §. 2, sur la question de savoir si l'on est obligé d'entretenir une Transaction à laquelle on a été engagé par la partie adverse qui avait connaissance du jugement rendu à son désavantage.

[[« Une Transaction peut être rescindée.... » dans tous les cas où il y a dol ou violence ». Ce sont les termes de l'art. 2053 du Code civil.]]

II. Ce que nous disons du dol, doit-il s'appliquer à la simple erreur?

[[Distinguons d'abord entre l'erreur de droit et l'erreur de fait.

L'erreur de droit ne peut jamais servir de prétexte pour faire rescinder une Transaction. Les anciennes lois l'avaient ainsi décidé, comme on l'a vu à l'article *Ignorance*, §. 1; et l'art. 2052 du Code civil dit expressément que « les Transactions..... ne peuvent être attaquées pour cause d'erreur de droit ».

Si cependant l'erreur de droit avait été tellement générale, que le législateur se fût cru obligé, non seulement de la faire cesser par une déclaration de sa volonté, mais encore de relever ceux qui l'auraient commise, de tous les acquiescemens auxquels elle aurait pu les entraîner, la Transaction qui aurait été la suite

d'une pareille erreur, serait incontestablement nulle. C'est ce qu'a jugé un arrêt de la cour de cassation du 24 mars 1807, rapporté au mot *Communaux*, §. 4.

L'erreur de droit, par l'effet de laquelle on a supposé valable un acte qui était nul, peut-elle faire rescinder la Transaction que l'on a souscrite d'après cette supposition erronée? *V.* ci après, n° 4.]]

III. Quant à l'erreur de fait, il est des cas où elle peut servir de fondement à la rescision d'une Transaction.

Par exemple, on a établi ci-devant, §. 2, qu'une Transaction faite sur les dispositions d'un testament qu'on n'a point vu, est sujette à rescision (1).

Il en serait de même de celle qui aurait pour base des pieces fausses qu'on aurait considérées comme vraies. Mais, dans ce cas, il n'y a de nuls que les articles de l'acte qui ont eu ces pieces pour fondement. S'il s'y trouve d'autres chefs qui en soient indépendans, ils subsistent; en un mot, la Transaction ne doit subir d'autres changemens, que ceux auxquels oblige la découverte de la vérité que les pièces fausses tenaient cachée. C'est ce que porte la loi pénultième, C. *de Transactionibus*: *Si de falsis instrumentis Transactiones vel pactiones initæ fuerint, quamvis jusjurandum de his interpositum sit, etiam civiliter, falso revelato, eas retractari præcipimus: ità demùm ut si de pluribus causis vel capitulis eædem pactiones seu Transactiones initæ fuerint, illa tantummodò causa vel pars retractetur, quæ ex falso instrumento composita convicta fuerit, aliis capitulis firmis manentibus.*

[[L'art. 2055 du Code civil porte que « la » Transaction faite sur pièces qui depuis ont » été reconnues fausses, est *entièrement* nul» le », et cette disposition parait plus conforme aux principes. *V.* le passage de Julien, cité sous les mots *Renonciation à une succession future*, §. 3.

IV. L'art. 2054 du même Code prévoit un autre cas: « Il y a (dit-il) également lieu à » l'action en rescision contre une Transaction, » lorsqu'elle a été faite en exécution d'un ti» tre nul, à moins que les parties n'aient ex» pressément traité sur la nullité ».

Cet article est-il applicable au cas où le titre sur l'exécution duquel il a été transigé, n'était supposé valable que par une erreur de droit, comme au cas où ce titre était supposé valable par une erreur de fait?

Cette question a été agitée dans l'espèce suivante.

Le 15 janvier 1759, Jean-Jacques Rigot de Monjoux, domicilié en pays de droit écrit, avait fait un testament par lequel il avait institué sa femme héritiere, à la charge de rendre l'hérédité à son fils aîné. Il n'avait fixé aucun terme pour cette restitution; et il n'avait pas institué celui au profit duquel il l'avait ordonnée.

Ainsi, il y avait *prétérition*, et par conséquent nullité dans le testament. Car on ne pouvait pas dire que l'héritiere instituée ne fût que *fiduciaire*, et que par conséquent le fils aîné dût être considéré comme institué directement. On sait, en effet, que la fiducie ne se présume que dans le cas où existe l'obligation de rendre l'hérédité à une époque certaine. (*V.* l'article *Fiduciaire*, n° 3).

Cependant, le 28 fructidor, an 12, il intervient, entre tous les enfans du testateur, une Transaction par laquelle les puînés, supposant le testament valable, et reconnaissant, dans la personne de leur frère aîné, la qualité et les droits d'héritier institué directement par le père commun, règlent entre eux la composition de l'hérédité, et déterminent les distractions qui doivent en être faites pour leurs légitimes.

Quelque temps après, les enfans puînés s'aperçoivent du vice de prétérition, et demandent en conséquence la nullité du testament. L'aîné leur oppose la Transaction.

La cause portée à l'audience de la cour de Grenoble, par appel d'un jugement rendu au désavantage des demandeurs en rescision, ceux-ci invoquent les art. 2048, 2049 et 2054 du Code. Aux termes du premier, disent-ils, *les Transactions se renferment dans leur objet*; suivant le second, *elles ne règlent que les différends qui s'y trouvent compris*: et le troisieme décide que l'on doit rescinder toute Transaction qui a été faite *en exécution d'un titre nul, à moins que les parties n'aient expressément traité sur la nullité.*

Le frère aîné répond qu'il est de principe qu'après avoir exécuté volontairement un testament, on n'est plus recevable à le quereller; et que telle est la disposition expresse de l'art. 1340 du Code civil lui-même; qu'en effet, il est dit, par cet article, que *la confirmation ou ratification, ou exécution volontaire d'une donation par les héritiers ou ayant-cause du donateur après son décès,*

(1) [[Mais on a remarqué au même endroit, que le Code civil déroge, en ce point, aux lois romaines; la règle que ces lois avaient établie, ne peut donc plus avoir lieu que dans le cas prévu par l'art. 2057 du Code, rapporté ci-après, n° 6.]]

emporte leur renonciation à opposer, soit les vices de forme, soit toute autre exception.

Le 26 août 1806, arrêt par lequel,

« Considérant que les appelans, qui attaquent le testament, en ont consenti volontairement l'exécution, par le traité du 28 fructidor an 12, traité dans lequel ils ont réglé leurs légitimes, et reconnu que leur frère aîné avait la qualité d'héritier universel; qu'ils ont souscrit et traité en pleine connaissance de cause, puisqu'il y est énoncé que leur frère aîné était institué héritier;

» Que l'institution de la dame Champenard, leur mère, n'était que fiduciaire, ainsi qu'elle l'avait reconnu elle-même dans les actes et formalités faits immédiatement après le décès de son mari;

» Que l'art. 2054 du Code civil, qu'opposent les appelans, n'est point applicable aux dispositions à titre gratuit; et que les libéralités, au contraire, sont réglées par l'art. 1340 du même Code;

» Que cet article déclare les héritiers des auteurs de ces libéralités, non-recevables à les quereller, tant sur la forme que sur le fond, lorsqu'après le décès du donateur, ils les ont volontairement exécutées;

» La cour dit qu'il a été bien jugé...».

Les frères puînés se pourvoient en cassation, et présentent ainsi leurs moyens:

« La distinction imaginée par la cour d'appel de Grenoble, entre les actes gratuits et les actes onéreux, est dénuée de tout fondement; d'abord, parcequ'il est contre toutes les règles de décider qu'aucun acte *gratuit* est plus difficile à faire annuler qu'un acte *onéreux;* et ensuite, parceque les dispositions des art. 2048, 2049 et 2054 sont générales et ne comportent aucune exception; enfin, parceque l'art. 1340 n'est lui-même que la répétition de l'art. 1338, lequel embrasse les actes onéreux comme les actes gratuits.

» Cette distinction écartée, examinons s'il y a, comme on l'a prétendu devant la cour d'appel, antinomie ou contradiction entre les art. 1340 et 2054 du Code.

» Ces articles se concilieront parfaitement, si l'on admet que, dans la pensée du législateur, il n'y a pas l'*exécution volontaire* dont parle l'art. 1340, dans le cas de Transaction en exécution d'un titre nul, aux termes de l'art. 2054.

» Et en effet, on peut dire que l'erreur, cause de la Transaction, ayant vicié la volonté, cette espèce d'exécution n'est pas volontaire. *Non videntur qui errant consentire* (loi 116, D. *de regulis juris*).

» Ainsi, l'art. 1340 du Code civil est inapplicable à l'espèce.

» C'est donc le cas d'appliquer l'art. 2054 qui permet l'action en rescision contre une Transaction faite *en exécution* d'un titre nul.

» Dira-t-on que le Code civil n'a pas permis d'attaquer le lendemain une Transaction faite la veille, et de la quereller, sous le simple prétexte d'une erreur sur la validité de l'acte dont on a consenti l'exécution?

» Ce serait méconnaître l'effet légal d'une *erreur efficace*.

» Ce serait même étendre la Transaction à ce sur quoi on n'a réellement pas transigé.

» Sans doute, s'il y avait eu contestation actuelle ou imminente sur l'étendue et l'effet du testament, si ce litige présent ou futur avait été la matière d'une *Transaction*, il n'y aurait pas lieu à revenir contre cette Transaction, sous prétexte d'une erreur, ni de *droit*, ni de *fait*, pourvu qu'il y eût esprit sain et volonté libre.

» Mais, par l'acte du 28 fructidor an 12, on n'a pas traité précisément sur l'étendue et l'effet du testament, parceque, de toutes parts, on le croyait valide: le testament n'a pas été la *matière* de la Transaction; il n'en a été que la *cause*. Or, un traité est-il susceptible de rescision, lorsqu'il a eu pour *objet* et pour *cause* l'exécution d'un titre nul, lorsqu'il a été fait *en exécution* d'un titre qui ne devait pas avoir d'exécution? L'art. 2054 décide positivement l'affirmative; et sa décision est d'autant plus respectable, qu'il consacre un nouveau point de doctrine sur une matière jadis bien controversée.

» Avant le Code civil, les auteurs agitaient cette question, si l'erreur dans le *motif* ou dans la *cause*, vicie le consentement, comme l'erreur dans la *substance*?

» Accurse, et grand nombre de jurisconsultes, étaient pour la négative.

» Mais plusieurs enseignaient l'affirmative.

» Ainsi, Puffendorff croit nulle toute convention causée par une erreur sur la chose que l'on a eue principalement en vue. (*Du droit de la nature et des gens*, liv. 3, chap. 6, §. 7).

» Son annotateur, Barbeyrac, croit la convention nulle, lorsqu'il y a eu *erreur efficace*.

» Noodt, en son Traité *de forma emendandi dolî mali*, chap. 9, admet que la convention est viciée par l'erreur qui tombe sur la *cause*, comme par l'erreur qui tombe sur la *substance*.

» Pothier enseigne également que les conventions sont nulles, non seulement, lorsqu'il y a eu erreur sur la *substance*, mais encore lorsqu'il y a eu erreur sur l'*objet* de la convention; ou encore lorsqu'il y a eu erreur sur la

qualité que les contractans ont eue principalement en vue. (*Des Obligations*, part. 1, chap. 1, art. 3, §. 1).

» Domat (*lois civiles*, liv. 1, tit. 18, sect. 1, §. 7, 13 et 14) distingue entre l'erreur de *fait* et l'erreur de *droit*.

» Il admet que l'erreur de fait annulle la convention dont elle avait été l'unique cause (loi 9, D. *de juris et facti ignorantiâ*).

» Quant à l'erreur de droit, il lui accorde moins d'effet.

» Cependant il lui accorde, d'après les lois 7 et 8 du titre cité, l'effet de résoudre la convention, *si l'ignorance ou l'erreur de droit est telle, qu'elle soit la cause unique d'une convention où l'on s'oblige à une chose qu'on ne devait pas, et qu'il n'y ait eu aucune autre cause qui pût fonder l'obligation.*

» Le Code civil, après avoir réglé, en ses art. 1110 et 1111, l'effet de l'erreur *sur la matière* des conventions, détermine, en ses art. 2052 et 2054, l'effet de l'*erreur* considérée comme *cause* de la convention.

» L'art. 2052 porte, à la vérité, *qu'une Transaction ne peut-être attaquée pour cause d'erreur de* DROIT; mais le législateur ajoute que *néanmoins la Transaction peut-être rescindée, s'il y a erreur sur la* PERSONNE (art. 2053); *ou lorsqu'elle a été faite en exécution d'un titre nul* (art. 2054).

» Les expressions de l'art. 2054 disent clairement que, lorsqu'il y a eu Transaction en exécution d'un titre nul, cette *erreur efficace* annulle la Transaction, soit parceque ce n'est pas une erreur de *droit*, soit parceque, si c'était une erreur de droit, elle ferait exception et emporterait nullité.

» Et la même disposition se trouve littéralement dans la loi 4, C. *de juris et facti ignorantiâ: si post divisionem factam, testamenti vitium in lucem emerserit, ex his quæ per ignorantiam confecta sunt, præjudicium tibi non comparabitur.*

» L'art. 2054, rattaché à l'art. 2053, est évidemment une exception à l'art. 2052: il en est une modification: il doit donc être pris dans toute l'étendue du sens qu'il présente; donc refuser d'annuler une Transaction faite *en exécution* d'un titre nul, c'est contrevenir à l'art. 2054 du Code civil ».

M. l'avocat-général Daniels, portant la parole sur cette affaire, a dit que c'était avec raison que les demandeurs en cassation critiquaient la distinction établie par l'arrêt attaqué, entre les actes gratuits et les actes onéreux; mais que, si cet arrêt était vicieux dans ses motifs, il était, dans son dispositif, conforme aux vrais principes.

« Lorsque je transige (a-t-il ajouté), et que les clauses renfermées dans la Transaction, emportent par leur nature l'exécution d'un titre nul, il se peut bien que je sois recevable à demander ensuite la rescision de cette Transaction; mais ce serait une erreur bien grave, que de soutenir que cette demande est fondée dans tous les cas possibles, à moins que les parties n'aient expressément traité sur la nullité.

» De deux choses l'une: ou la nullité du titre m'était connue à l'époque de la Transaction, ou je l'ignorais absolument.

» Dans le premier cas, il est bien constant que la Transaction emporte une renonciation tacite aux moyens de nullité que j'aurais pu proposer avant le Transaction; qu'elle renferme une exécution libre et volontaire de l'acte; et que cette exécution doit avoir le même effet qu'y attache l'art. 1338 du Code civil.

» Dans le second cas, et si, à l'époque de la Transaction, j'ignorais la nullité du titre, je n'en ignorais pas l'existence, puisque l'art. 2054 suppose une Transaction faite en exécution du titre. J'étais donc en erreur sur les effets que pouvait produire ce titre; ce qui était une erreur de droit, qui ne doit pas empêcher l'effet de la Transaction.

» On ne peut soutenir qu'aux termes de l'article cité, il me soit permis, sous prétexte de nullité du titre, d'attaquer le lendemain une Transaction que j'avais conclue la veille. L'art. 2053 doit être pris dans un sens dans lequel il s'accorde avec l'art. 2052; or, l'art. 2052 déclare que les Transactions ne peuvent être attaquées pour *cause d'erreur de droit*: l'art. 2054 suppose par conséquent que celui qui demande la rescision d'une Transaction, a ignoré la nullité du titre *par une erreur de fait*; c'est alors que sa demande est fondée, à moins qu'il n'ait expressément transigé sur la nullité.

» Tel est le véritable sens de l'art. 2054: il y a lieu à l'action en rescision contre une Transaction, lorsque, *par suite d'une erreur de fait*, elle a été conclue en exécution d'un titre nul. C'est ainsi qu'il doit être expliqué. Pris dans un autre sens, il serait en opposition avec l'art. 2052; il établirait une jurisprudence qu'il serait difficile de concilier avec les notions les plus élémentaires; il renverserait tous les principes.

» C'est aussi dans ce sens seulement, que le droit romain admet la demande en rescision d'une Transaction faite en exécution d'un titre nul: il faut que les parties aient ignoré la nullité du titre, par une erreur ou ignorance de

fait, et que les parties n'aient pas transigé sur la nullité.

» Ainsi, par exemple, lorsque l'héritier *ab intestat* transige sur la succession avec l'héritier testamentaire, et qu'il ignore que, par un acte postérieur, le testateur a révoqué son testament, ou lorsque l'héritier d'un débiteur transige sur le montant de sa dette avec l'héritier du créancier, et qu'il ignore que le défunt lui a fait remise de la dette, il y a nullité ou révocation du titre en exécution duquel on transige; l'héritier ignore cette nullité par une ignorance ou erreur de fait; la Transaction n'a été qu'une suite de l'ignorance de cette vérité : il y a donc lieu d'appliquer le principe établi par l'art. 2054 du Code, par le même motif sur lequel est fondée la loi pénultième, C. *de Transactionibus;* et telle est aussi la doctrine de Domat, liv. 12, tit. 13, sect. 2.

» Dans notre espèce, les demandeurs étaient bien instruits de l'existence et de la teneur du testament de leur père; et si la prétendue nullité de cet acte leur était inconnue au moment de la Transaction, leur erreur n'était qu'une erreur de *droit;* néanmoins, ils ont transigé en exécution de ce testament, ils en ont par conséquent ratifié les dispositions; la cour d'appel a donc fait une juste application des principes, en les déclarant non recevables dans la demande par laquelle ils attaquaient la validité de ce testament.

» Dira-t-on que toute erreur *déterminante* suffit pour faire annuler une Transaction, n'importe quel soit l'*objet* par rapport auquel on était en erreur, et qu'on peut demander la rescision d'une Transaction, non seulement lorsque, par une erreur de fait, elle a eu lieu en exécution d'un titre nul, mais encore toutes les fois qu'il y a erreur déterminante?

» Il serait difficile d'établir un pareil système.

» La règle générale est que ni l'erreur de fait ni l'erreur de droit ne font obstacle à la validité de la Transaction. *Quod Transactionis nomine datur, licet res nulla media fuerit, non repetitur*, dit la loi 65, §. 1, D. *de condictione indebiti;* tel est aussi le sens de la loi 2, C. *de Transactionibus;* et c'est par le même principe qu'on doit expliquer la loi 19, C. *de Transactionibus : sub prætextu instrumenti post reperti, Transactionem bonâ fide finitam rescindi jura non patiuntur.*

» Et la raison en est bien simple : lorsqu'on transige, au lieu d'attendre la décision des tribunaux, on s'expose volontairement à toutes ces sortes d'erreurs.

» Cependant, lorsque les parties sont en erreur par rapport à la validité du titre en exécution duquel elles passent une Transaction, il y a lieu à une distinction.

» Si c'est une erreur de fait, la Transaction est nulle. Si c'est une erreur de droit, il est bien constant qu'elle ne peut être un motif suffisant pour faire annuler la Transaction. Ainsi, dans l'espèce de la loi 2, C. *de Transactionibus*, il y avait erreur de droit relativement à la successibilité de l'une des parties, et cependant la Transaction a été déclarée valide.

» Les art. 2052 et 2054 du Code civil doivent donc être expliqués d'après ces principes ».

Par ces considérations, M. Daniels a conclu au rejet de la demande; et ses conclusions ont été adoptées par arrêt du 25 mars 1807, au rapport de M. Henrion de Pansey,

« Attendu qu'aux termes de l'art. 2052 du Code civil, les Transactions ont, entre les parties, l'autorité de la chose jugée en dernier ressort; et qu'elles ne peuvent être attaquées pour cause d'erreur de droit ni pour cause de lésion;

» Que l'erreur qui, suivant les demandeurs en cassation, vicierait les Transactions passées entre eux et Claude-Esprit Rigot de Montjoux, le 28 fructidor an 12, serait une erreur de droit; que par conséquent ils étaient non recevables et mal fondés à en demander la nullité;

» Qu'en rejetant cette demande, et en jugeant en conformité de l'article précité, l'arrêt attaqué a fait une juste application du Code civil; et que ce motif suffit pour le justifier.....».

Mais cette décision est-elle bien exacte? *V.* le plaidoyer rapporté au n° suivant.

IV. 1° Une Transaction faite en exécution d'un titre nul, mais qui ne porte pas spécialement sur la nullité de ce titre, est elle mise à couvert de toute réclamation par l'exécution qu'elle reçoit elle-même?

2° Une Transaction faite par un fondé de pouvoir, en exécution d'un titre nul qu'il connaissait, peut-elle, après avoir été exécutée volontairement, tant par le fondé de pouvoir que par le commettant, être annulée à la poursuite de celui-ci, sur le fondement qu'il ne connaissait pas lui même le titre, soit au moment où son fondé de pouvoir a transigé, soit au moment où l'un et l'autre ont exécuté la Transaction?

Voici une espèce dans laquelle ces deux questions ont été agitées devant la cour de cassation.

Le 14 pluviôse an 3, le général Henri de Frégeville, domicilié dans le département du Tarn, veuf de la demoiselle Des-

pradel, qui lui avait apporté en dot une somme de 86,000 francs, épouse en secondes nôces la demoiselle de Possac, nièce du sieur Despradel, père de sa première femme.

Par le contrat de mariage, passé devant notaire à Millaud, département de l'Aveyron, la demoiselle de Possac se constitue en dot tous ses biens présens et à venir, et déclare qu'elle n'a, pour tous biens présens, qu'une somme de 86,000 francs que le général Henri de Frégeville reconnaît, par un acte sous seing-privé du même jour, avoir reçue d'elle en espèces métalliques.

Le même jour, le général Henri de Frégeville dépose, entre les mains du sieur Foulcher, un écrit sous seing-privé par lequel il reconnaît que la somme de 86,000 francs que son épouse s'est constituée en dot, est la même que celle qui a formé la dot de sa première femme; que c'est le sieur Despradel qui a bien voulu en gratifier sa nièce pour la doter; et qu'il s'oblige de la restituer au sieur Despradel ou à ses héritiers, en cas que son épouse vienne à mourir la première sans enfans.

Le 13 frimaire an 4, le général Henri de Frégeville et son épouse, *demeurant ordinairement à Réalmont, département du Tarn, de présent à Paris*, se font, au profit de celui des deux qui survivra l'autre, une donation mutuelle entre-vifs.

Le mari donne à sa femme 1° l'usufruit d'une rente annuelle de 4,000 francs; 2° l'usufruit de sa maison de Réalmont et des immeubles qui en dépendent; 3° l'usufruit de son domaine de Peyralbié; 4° la propriété de tous les meubles, comestibles, vins, eaux-de vie et liqueurs qui se trouveront, au jour de sa mort, dans sa maison de Réalmont; 5° la propriété de tous les deniers comptans, assignats, billets ou obligations qui lui appartiendront à la même époque.

De son côté, la femme donne au mari, 1° l'usufruit de *tous les biens qui lui ont été constitués en dot par son contrat de mariage*; 2° l'usufruit des biens *qui lui sont advenus pendant le mariage, ainsi que de ses biens paraphernaux*.

Le 25 septembre 1805, Henri de Frégeville meurt dans sa maison de Granval, département du Tarn, laissant pour unique héritier Charles de Frégeville son frère, général de division, employé à l'armée d'Italie, dans le royaume de Naples.

Les scellés sont aussitôt apposés dans la maison de Granval.

Le juge de paix se présente à la maison de Réalmont, pour les y apposer également; mais la veuve lui exhibe l'acte de donation mutuelle du 13 frimaire an 4; et à la vue de cet acte qu'il transcrit dans son procès-verbal, il se retire.

Cependant le général Charles de Frégeville envoie au sieur Decompte une procuration pour le représenter dans tous les actes relatifs à la succession de son frère.

La dame de Possac demande à ce fondé de pouvoir la délivrance des objets compris dans la donation; et sur son refus, elle s'adresse au tribunal civil d'Alby, par une requête à laquelle est joint l'acte du 13 frimaire an 4, contenant, y est-il dit, *donation réciproque entre la suppliante et le sieur Henri de Frégeville*.

Le 4 mars 1806, le tribunal ordonne que cette requête sera signifiée au général Charles de Frégeville, en son domicile ordinaire en France, pour y être statué dans le délai de deux mois, à compter du jour de la signification.

Le 4 juillet suivant, jugement par défaut qui, « attendu que l'acte *de donation mutuelle* du » 13 frimaire an 4, est revêtu de toutes les for» mes nécessaires à sa perfection, envoie la » dame de Possac en possession provisoire des » immeubles dont l'usufruit lui a été donné ».

Ce jugement est signifié, comme le précédent, au général Charles de Frégeville, en son domicile ordinaire à Montpellier.

Le 8 du même mois, le général Charles de Frégeville signe, devant un inspecteur aux revues de l'armée française dans le royaume de Naples, une procuration par laquelle il donne pouvoir à un jurisconsulte distingué de la ville de Montpellier, « de gérer et admi» nistrer tous les biens de son constituant, » recueillir toutes les successions échues et à » échoir, les accepter purement et simple» ment ou sous bénéfice d'inventaire, les ré» pudier, *traiter ou transiger avec tous créan» ciers ou débiteurs desdites successions*, » *plaider, défendre*, etc. ».

Le 29 août de la même année, la dame de Possac fait transcrire l'acte de donation du 13 frimaire an 4 au bureau des hypothèques, d'Alby.

Le 27 septembre suivant, deux actes sont passés entre la dame de Possac et le porteur de la procuration du général Charles de Frégeville, l'un devant notaire, l'autre sous seing-privé; et il est dit dans le second « que » le présent accord et l'acte public du même » jour ne formeront qu'un seul et même acte » ayant force de Transaction ».

Dans le premier de ces actes, est rappelé celui du 13 frimaire an 4, comme contenant donation, de la part de Henri de Frégeville

à la dame de Possac, des objets qui y sont désignés, sans aucune mention de la donation que la dame de Possac avait, de son côté, faite, par le même acte, à Henri de Frégeville, dans le cas où il la survivrait.

Dans le second, il est dit que « la reconnaissance de la dot de la veuve de Frégeville, » stipulée dans son contrat de mariage consenti pendant le cours du papier monnaie, » n'a été fixée, dans ledit acte public, à la même » somme de 86,000 francs en numéraire métallique, et sans réduction, que sur le vu » d'une pièce privée, signée par Henri de Frégeville, laquelle pièce est restée au pouvoir » de ladite dame veuve de Frégeville, et qu'elle » s'oblige de représenter, sans pourtant s'en » dessaisir, à la première réquisition de Charles » de Frégeville ».

Par l'un et l'autre acte, le fondé de pouvoir du général Charles de Frégeville cède, en toute propriété, à la dame de Possac, la maison de Realmont et le domaine de Peyralbié; et il s'oblige, au nom de son commettant, de lui payer 100,000 francs, savoir, 50,000 francs le 1er avril 1807, et 50,000 francs le 1er avril 1808; au moyen de quoi, la dame de Possac reconnaît que sa dot lui est entièrement payée, et que l'objet de sa donation du 13 frimaire an 4 est rempli.

Cette Transaction reçoit d'abord un commencement d'exécution. Les premiers 50,000 francs sont payés au terme convenu; mais le second paiement éprouve des retards. Le général Charles de Frégeville, revenu en France, écrit à la dame de Possac trois lettres par lesquelles il la prie de se contenter pour le moment de 25,000 francs, en lui promettant de lui payer incessament le surplus. Cependant il ne paie que 18,000 francs.

Le 23 juin 1806, la dame de Possac, remariée au sieur de Beaudecourt, fait signifier au général Charles de Frégeville un commandement de lui payer les 32,000 francs dont il reste débiteur envers elle.

Le 30 du même mois, le général Charles de Frégeville forme opposition à ce commandement, et fait assigner la dame de Beaudecourt devant le tribunal civil de Montpellier, pour voir déclarer nulle la donation du 13 frimaire an 4, et rescinder les Transactions du 27 septembre 1806.

Pour justifier ces conclusions, il expose

Que l'art. 1096 du Code civil, sous l'empire duquel est décédé Henri de Frégeville déclare les époux incapables de se faire des donations mutuelles par un seul et même acte;

Que d'ailleurs la donation du 13 frimaire an 4 est nulle par défaut de réciprocité, la dame de Beaudecourt ne possédant, à cette époque, que sa dot, dont le retour était assuré au sieur Despradel par l'écrit sous seing-privé déposé entre les mains du sieur Foulcher;

Qu'enfin, les Transactions du 27 septembre 1806, approbatives de la donation, ont été faites sans pouvoir spécial de sa part;

Que les deux paiemens, l'un de 50,000, l'autre de 18,000 francs, ont été faits sans sa participation et à son insu;

Que les Transactions ne portent pas spécifiquement sur la validité de la donation;

Qu'au surplus, il ignorait, au moment où les Transactions ont été passées, non-seulement que la dame de Beaudecourt n'avait pas pu disposer de sa dot en faveur de son mari, mais encore que l'acte du 13 frimaire an 4 renfermât une donation réciproque; et que, dans ces Transactions, l'acte du 13 frimaire an 4 avait été énoncé comme renfermant une donation pure et simple de Henri de Frégeville à son épouse.

Le 13 août 1811, jugement qui, avant faire droit, ordonne la mise en cause du sieur Foulcher, dépositaire de l'écrit sous seing-privé dont se prévaut le général Charles de Frégeville.

Les deux parties appellent de ce jugement.

Le 16 mars 1812, arrêt de la cour d'appel de Montpellier, ainsi conçu:

« 1° Les fins de non recevoir opposées par la dame de Beaudecourt, sont-elles fondées? Doit elle, au contraire, en être démise? 2° L'acte du 13 frimaire an 4, contenant donation mutuelle et réciproque, est-il nul, soit par défaut de réciprocité, soit par contravention à l'art. 1097 du Code civil, ou par d'autres moyens de droit....? 3° La Transaction faite en deux actes, le 27 septembre 1806, doit-elle être rescindée ou maintenue?

» Attendu que l'exécution volontaire d'une donation ou tout autre acte, ne peut être entendue qu'avec la connaissance de l'acte exécuté; que l'art. 2054 statue qu'il y a lieu à l'action en rescision contre une Transaction, lorsqu'elle a été faite en exécution d'un titre nul, si les parties n'ont pas expressément traité sur la nullité; qu'en adoptant les principes appliqués par la cour de cassation, dans son arrêt du 27 mars 1807, et combinant cet art. 2054 avec l'art. 2052 du même Code civil, ces principes auront plus de force encore dans l'espèce présente, puisqu'il est constant que l'ignorance du droit n'a existé que par l'ignorance du fait; qu'en effet, il est prouvé dans la cause que le général Frégeville, étant à Naples, au service de la patrie et en activité

de service à l'époque de la mort de son frère, et des premières procédures faites par sa veuve pour se mettre en possession provisoire des biens à elle donnés, lesquelles ne peuvent lui être opposées sous ce rapport, et n'étant revenu que long-temps après le traité fait entre la veuve de son frère et son fondé de pouvoirs, n'a pu connaître l'espèce de donation dont il s'agissait, transcrite seulement au bureau des hypothèques en 1806, que par le traité lui-même qu'il ne peut raisonnablement prétendre avoir ignoré; que, si le traité rélatait ou du moins laissait apercevoir une donation mutuelle et réciproque, le général Frégeville ne pourrait exciper aujourd'hui que d'une ignorance du droit établi par l'art. 1097 du Code civil, contre les donations mutuelles et réciproques entre époux pendant mariage: mais qu'à la lecture de ce traité et de l'acte sous seing-privé du lendemain, on ne peut se défendre d'une surprise extrême, en remarquant que, dans ces deux actes qui n'en font qu'un sous la forme de l'autorité d'une Transaction, il n'y a pas un mot qui rappelle ou seulement fasse soupçonner une donation mutuelle et réciproque entre époux, mais seulement une donation faite par Henri de Frégeville à sa femme, c'est-à-dire qu'on paraît avoir affecté, dans les deux écrits qui forment cette Transaction, de signaler une donation simple et unilatérale, permise par l'art. 1096 et autres du Code civil sous l'empire duquel le donateur était mort, pour cacher et dissimuler la donation mutuelle et réciproque interdite aux époux pendant le mariage par l'art. 1097 du même code; que cette vérité s'applique au moins avec autant de force relativement à l'écrit sous seing-privé qui a dévoilé la non réciprocité de cette donation prétendue réciproque, que le général Frégeville n'a pu découvrir qu'après son retour de l'armée, et qui, comme le déclare la dame de Beaudecourt elle-même, a motivé sa réclamation au moment même où il la découvrit; d'où il résulte que l'ignorance ou l'erreur de fait sont ici constatées, et que les art. 1340, 2052 et 2054 se concilient pour repousser les fins de non-recevoir opposées au général Frégeville; que les mêmes principes s'appliquent contre la fin de non-recevoir prise du traité lui-même passé par le fondé de pouvoir du général, et des paiemens consentis par lui en conséquence de ce traité, en ce que les paiemens font supposer la volonté d'exécuter un acte permis par la loi, et que le traité faisait connaître, mais jamais un acte que la loi prescrivait et que le traité dissimulait sous la dénomination et l'apparence d'une disposition légitime;

» Au fond..... (1);

» Par ces motifs, la cour, disant droit aux appels respectifs, a mis et met les appellations et ce dont est appel au néant; émendant, faisant droit définitivement aux parties, sans s'arrêter aux fins de non-recevoir opposées par la partie de Besset (la dame Beaudecourt), et l'en déboutant, déclare nulle et de nul effet la donation mutuelle et réciproque du 13 frimaire an 4 dont il s'agit; rescinde, en conséquence, et annulle les deux actes passés le 27 septembre 1806 entre la partie de Besset et le procureur fondé de celle de Caizergues, lesdits deux actes ne formant qu'un seul et même acte de Transaction; remet les parties au même et semblable état qu'elles étaient auparavant..... ».

La dame de Beaudecourt se pourvoit en cassation contre cet arrêt, et soutient, entr'autres choses, qu'il viole l'art. 1340 et fait une fausse application de l'art. 2054 du Code civil.

« Ce moyen (ai-je dit à l'audience de la section civile, le 23 juin 1812) nous offre deux questions bien distinctes à examiner.

» Le général Charles de Frégeville attaquait la donation du 13 frimaire an 4, et comme vicieuse dans la forme, et comme nulle au fond. Elle est, disait il, vicieuse dans la forme: car elle est réciproque, et c'est par un seul et même acte que les époux l'ont faite. Or, cette manière de donner est formellement réprouvée par l'art. 1097 du Code civil, sous l'empire duquel est décédé le général Henri de Frégeville. Elle est, ajoutait-il, nulle au fond, car elle manque de la réciprocité qui en forme la condition substantielle; et je trouve la preuve de ce défaut de réciprocité, dans l'acte sous seing-privé du 14 pluviôse an 3, duquel il résulte que la dot de la dame de Beaudecourt, le seul bien qu'elle possédât, devait retourner, après sa mort, au sieur Despradel, son oncle.

» A ces deux moyens de nullité, la demanderesse opposait une fin de non-recevoir commune. Vous êtes, disait-elle au général Charles de Frégeville, non-recevable à en exciper, parceque vous avez exécuté volontairement la donation du 13 frimaire an 4; et surtout parceque vous l'avez exécutée par la voie du plus sacré de tous les contrats, par la voie d'une Transaction sur procès

» Cette fin de non-recevoir était-elle fondée quant à l'exception résultant du défaut de réciprocité de la donation? Était-elle fondée

(1) V. l'article *Don mutuel*, §. 2, n° 2 *bis*; l'article *Donation*, sect. 8, §. 4, n. 4 et l'article *Simulation*, §. 5 n° 3.

quant à l'exception résultant du vice de forme dont la donation se trouvait arguée ?

» La cour d'appel de Montpellier a jugé qu'elle n'était fondée, ni quant à l'une, ni quant à l'autre exception; et nous avons à examiner si, sur l'un et l'autre point, elle a violé la loi.

» Qu'elle ne l'ait pas violée, en jugeant la fin de non-recevoir non fondée quant à l'exception résultant du défaut de réciprocité de la donation du 13 frimaire an 4, c'est ce qui nous paraît incontestable.

» Qu'importe que le général Charles de Frégeville eût exécuté volontairement la donation après la mort du donateur? Qu'importe qu'il eût acquiescé à la donation par une Transaction sur procès? Ni cette exécution volontaire ni cette Transaction ne pouvaient l'empêcher d'attaquer la donation pour cause de défaut de réciprocité.

» 1° Il est vrai qu'aux termes de l'art. 1340 du Code civil, *la confirmation, ou ratification, ou* EXÉCUTION VOLONTAIRE *d'une donation par les héritiers ou ayant cause du donateur, après son décès, emporte leur renonciation à opposer, soit les vices de forme soit toute autre exception.*

» Mais cet article ne peut s'entendre que du cas où les héritiers du donateur, au moment où ils confirment, ratifient ou exécutent volontairement la donation, connaissent les vices de forme ou les exceptions qu'ils pourraient lui opposer.

» Car il en doit être, et il en est nécessairement, à cet égard, des donations comme des obligations en général; il en doit être, et il en est nécessairement, de la confirmation ou ratification tacite qui résulte d'une exécution volontaire, comme de la confirmation ou ratification expresse qui se fait par acte. Or, l'art. 1338 porte que *l'acte de confirmation ou ratification d'une obligation contre laquelle la loi admet l'action en nullité ou en rescision, n'est valable, que lorsqu'on y trouve la substance de cette obligation, la mention du motif de l'action en rescision, et l'intention de réparer le vice sur lequel cette action est fondée;* toutes choses qui supposent manifestement que le vice est connu de la personne qui confirme ou ratifie.

» Ainsi, nul doute que, pour que les héritiers d'un donateur soient censés, en exécutant volontairerement la donation, avoir renoncé à opposer, soit les vices de forme, soit les autres exceptions dont ils auraient pu se prévaloir, il ne soit indispensable que ces vices de forme, que ces exceptions, leur aient été connus.

» A la vérité, ils sont censés avoir connu les vices de forme, par cela seul qu'ils ont connu la donation, par cela seul qu'ils en ont eu l'acte sous les yeux; car ils ne pourraient les avoir ignorés que par erreur de droit, et l'erreur de droit ne se présume pas.

» Mais il en est autrement des exceptions qui résultent de faits étrangers à l'acte de donation : *plurimùm interest* (dit la loi 3, *D. de juris et facti ignorantiâ*), *utrùm quis de alterius causâ et facto non sciat, aut de jure suo ignoret.* La connaissance des faits d'autrui ne se présume pas: c'est à celui qui s'en prévaut, à en rapporter la preuve; et cette règle est surtout applicable au cas où l'on ne se prévaut de cette connaissance, que pour en inférer une renonciation à un droit acquis; car la loi ne présume jamais une pareille renonciation. Il faut donc, si l'on veut faire résulter de l'exécution volontaire d'une donation de la part des héritiers du donateur, une renonciation aux exceptions que pouvaient leur fournir des faits étrangers à l'acte de donation, commencer par prouver que les héritiers du donateur avaient connaissance de ces faits; et si cette preuve manque, la présomption naturelle est que les héritiers du donateur n'ont pas voulu renoncer à ces exeptions.

» Or, dans notre espèce, c'est d'un fait étranger à l'acte de donation du 13 frimaire an 4 que le général Charles de Frégeville faisait résulter son exception de défaut de réciprocité; et la demanderesse n'a pas prouvé, devant la cour d'appel de Montpellier, qu'en exécutant volontairement, soit par lui-même, soit par le ministère de son fondé de pouvoir, la donation du 13 frimaire an 4, le général Charles de Frégeville eût connu, ni été mis à portée de connaître, l'acte sous seing-privé du 14 pluviôse an 3, qu'il présentait comme un obstacle invincible à ce qu'il y eût, dans cette donation, la réciprocité que les parties avaient voulu y établir. La cour d'appel de Montpellier n'a donc pas pu supposer que le général Charles de Frégeville eût, par l'exécution volontaire de la donation du 13 frimaire an 4, renoncé au droit d'exciper de ce défaut de réciprocité. Elle n'a donc pas, en rejetant la fin de non-recevoir que la demanderesse opposait à l'exception de ce défaut de réciprocité, contrevenu à l'art. 1340 du Code civil.

» 2° A-t-elle contrevenu, par le rejet de cette fin de non-recevoir, à l'art. 2052 du Code civil, qui attribue aux Transactions l'autorité de la chose jugée en dernier ressort ?

» Non, et il y en a une raison sans réplique. Ce n'est pas sur la validité ou la nullité de la donation que la demanderesse et le gé-

néral Charles de Frégeville ont transigé par l'acte du 27 septembre 1806; ils n'ont transigé que sur le mode de son exécution. Or, l'art. 2054 du Code permet de rescinder une Transaction *lorsqu'elle a été faite en exécution d'un titre nul, à moins que les parties n'aient expressément traité sur la nullité*; et il est universellement reconnu que cette disposition s'applique aux Transactions dans lesquelles des titres nuls ont été supposés valables par erreur de fait.

» Mais la cour d'appel de Montpellier n'a-t-elle pas violé la loi, en rejetant la fin de non-recevoir de la demanderesse, en tant qu'elle portait sur l'exception que le général Charles de Frégeville tirait du prétendu vice de forme de la donation du 13 frimaire an 4?

» Pour la rejeter à cet égard, elle s'est fondée sur un fait qu'elle a pu et dû supposer faute de preuve du contraire: elle s'est fondée sur le fait que le général Charles de Frégeville ne connaissait ce prétendu vice de forme, ni lors de la Transaction du 27 septembre 1806, ni lors des actes par lesquels il avait commencé à exécuter cette Transaction.

» Mais ce fait était en lui-même très indifférent.

» Lorsqu'un mineur, après avoir transigé, par le ministère de son tuteur, sur une donation faite à son préjudice, et dont la forme était susceptible de critique, réclame contre la Transaction et par suite contre la donation elle-même, on n'examine pas si, lors de la Transaction, il a eu personnellement connaissance des vices de forme que l'on pouvait reprocher à la donation. Le tuteur a-t-il connu ou a-t-il été mis à portée de connaître ces vices? Voilà le seul point auquel on s'attache; et si l'on prouve que le tuteur a connu ces vices, ou qu'il a été mis à portée de les connaître, la réclamation du mineur est rejetée.

» Il en est de même, lorsqu'un majeur réclame contre la Transaction qu'il a faite sur une donation, par le ministère d'un fondé de pouvoir. Dès que son fondé de pouvoir a connu ou a été mis à portée de connaître les prétendus vices de la donation, il ne peut pas lui-même exciper de ce qu'il les a ignorés. Ce que son fondé de pouvoir a su, il est censé l'avoir su personnellement. C'est la conséquence nécessaire de la maxime, *qui per alium facit, per se ipsum facere videtur*; et juger autrement, ce serait rendre impossibles toutes les Transactions par procureur.

» Or, la cour d'appel de Montpellier a-t-elle jugé, en fait, que le fondé de pouvoir par le ministère duquel le général Charles de Frégeville avait transigé, le 27 septembre 1806, avec la demanderesse, n'avait ni connu ni été mis à portée de connaître, avant de transiger, les prétendus vices de forme de la donation du 13 frimaire an 4?

» Non, elle ne l'a pas jugé, elle n'en a même pas dit un seul mot; et il était bien impossible qu'elle le jugeât.

» D'une part, la demanderesse avait, antérieurement à la Transaction, produit l'acte du 13 frimaire an 4 dans une instance qu'elle avait engagée contre le général Charles de Frégeville; et c'est sur cette instance même que la Transaction a été faite.

» D'un autre côté, la demanderesse avait fait transcrire l'acte du 13 frimaire an 4 au bureau des hypothèques d'Alby, c'est-à-dire, au bureau dans l'arrondissement duquel la Transaction a été passée; et en l'exposant, par là, aux regards de tout le public, elle avait mis le fondé de pouvoir du général Charles de Frégeville dans l'impossibilité d'en prétexter cause d'ignorence. *Facti ignorantia ità demùm cuique non nocet, si non ei summa negligentia objiciatur. Quid enim si omnes in civitate sciant quod ille solus ignorat?* Ce sont les termes de la loi 9, §. 2, D. *de juris et facti ignorantiâ.*

» Enfin, il répugne de supposer que le jurisconsulte à qui le général Charles de Frégeville avait accordé toute sa confiance pour transiger avec la demanderesse, eût transigé en effet sans avoir vu, tenu et lu le titre sur lequel la demanderesse fondait tous les droits, toutes les prétentions qui ont été la matière de la Transaction.

» La cour d'appel de Montpellier a donc dû regarder le fondé de pouvoir du général Charles de Frégeville, et par conséquent le général Charles de Frégeville lui-même, comme ayant eu, lors de la Transaction, une connaissance parfaite de la forme de la donation du 13 frimaire an 4.

» Cela posé, de deux choses l'une: ou le fondé de pouvoir du général Charles de Frégeville savait, lors de la Transaction, que la forme de la donation du 13 frimaire an 4 était susceptible de critique, ou il l'ignorait.

» S'il le savait, nul doute qu'il n'ait couvert, par la Transaction, les prétendus vices de forme; et ici s'applique, dans toute son étendue, l'art. 1340 du Code civil, que nous avons déjà cité: *La confirmation, ou ratification, ou exécution volontaire d'une donation par les héritiers ou ayant-cause du donateur, après son décès, emporte leur renonciation à opposer, soit les vices de forme, soit toute autre exception.*

» S'il l'ignorait, ce ne pouvait être que par erreur de droit; et nous avons déjà dit

que l'erreur de droit ne se présume jamais.

» Ainsi, dans une hypothèse comme dans l'autre, le général Charles de Frégeville, en consentant, par la Transaction du 27 septembre 1806, à l'exécution de la donation du 13 frimaire an 4, a couvert les prétendus vices de forme de cette donation; et par conséquent, dans une hypothèse comme dans l'autre, la cour d'appel de Montpellier s'est mise en opposition diamétrale avec la loi, en rejetant la fin de non-recevoir dont la demanderesse se prévalait contre l'exception résultant de ces prétendus vices de forme.

» Mais l'art. 2054 du Code civil ne nous offre t-il pas un moyen de justifier sur ce point, comme sur le précédent, l'arrêt de la cour d'appel de Montpellier?

» Cet article, comme nous venons de le remarquer, ouvre *l'action en rescision contre une Transaction, lorsqu'elle a été faite en exécution d'un titre nul, à moins que les parties n'aient expressément transigé sur la nullité*; et s'il est vrai, comme on n'en peut douter, que, par l'acte du 27 septembre 1806, les parties n'ont pas expressément transigé sur la nullité de la donation du 13 frimaire an 4; s'il est vrai, comme on n'en peut douter, qu'elles n'ont transigé que sur l'exécution de cette donation, n'en devons-nous pas conclure que la Transaction doit être rescindée, en cas qu'il soit prouvé que la donation était nulle?

» La demanderesse répond que cet article n'est applicable qu'au cas où le titre en exécution duquel on a transigé, a été supposé valable par une erreur de fait: qu'il ne l'est nullement au cas où ce titre a été supposé valable par une erreur de droit; et que la cour d'appel de Montpellier a elle-même rendu hommage à cette distinction.

» Il est vrai que cette distinction est expressément reconnue dans l'arrêt de la cour d'appel de Montpellier. Mais nous n'en devons pas moins la soumettre au creuset d'un examen sévère; car, de ce que la cour d'appel de Montpellier l'aurait admise trop légèrement, il ne s'ensuivrait nullement que nous ne pussions pas nous en faire une arme pour casser son arrêt.

» Pourquoi, suivant l'art. 2054 du Code civil, une Transaction faite *en exécution d'un titre nul*, et par laquelle il n'a pas été traité expressément sur la nullité de ce titre, est-elle sujette à rescision?

» C'est sans doute parceque supposer, par une Transaction, un titre valable, ce n'est pas le reconnaître pour tel par la Transaction elle-même, et qu'une Transaction ne peut jamais, suivant les art. 2048 et 2049 du même Code, s'étendre à des objets sur lesquels ne portaient pas les différends que les parties ont voulu terminer ou prévenir.

» Or, ce motif n'est pas restreint au cas où le *titre nul, en exécution duquel on a transigé*, a été supposé valable par une erreur de fait, il est commun au cas où le titre a été supposé valable par une erreur de droit; et dès-lors, à quel propos voudrait-on restreindre au premier de ces deux cas la disposition de l'art. 2054?

» Serait-ce parceque l'art. 2052 dit généralement, et sans exception ni réserve, que les Transactions *ne peuvent être attaquées pour cause d'erreur de droit*?

» Mais d'abord, si l'art. 2052 est général, l'art. 2054 l'est également. Il n'y a donc pas plus de raison de restreindre l'un que de restreindre l'autre. Il faut donc les appliquer chacun à l'hypothèse pour laquelle il a été fait.

» Quel est l'objet de l'art. 2052? C'est d'établir qu'une Transaction ne peut pas être rescindée sous le prétexte que, sur le différend qu'elle a terminé ou prévenu, l'une des parties a méconnu l'avantage qu'elle pouvait tirer d'un point de droit

» Mais de là peut-on conclure que la Transaction qui a terminé une contestation élevée, non sur la validité ou nullité d'un titre, mais sur le mode d'exécution d'un titre nul, et dans la discussion de laquelle on avait, par erreur de droit, supposé ce titre valable, ne soit pas sujette à rescision, ou ce qui est la même chose, ne puisse pas être déclarée inapplicable à la question non encore née à l'époque où elle a été faite, de savoir si le titre qu'elle a supposé valable, est effectivement tel? Et le contraire ne résulte-t-il pas évidemment du principe consacré par les art. 2048 et 2049, que *les Transactions se renferment dans leur objet, et ne règlent que les différends qui s'y trouvent compris*?

» En second lieu, si nous lisons d'un seul contexte les art. 2052, 2053 et 2054, il nous sera bien difficile de ne pas demeurer convaincus que l'art 2054 est, comme l'art. 2053, une exception à l'art. 2052.

» L'art. 2052 commence par établir que *les Transactions ont, entre les parties, l'autorité de la chose jugée en dernier ressort, et qu'elles ne peuvent être attaquées pour cause d'erreur de droit ni pour cause de lésion.*

» L'art. 2053 ajoute: *néanmoins, une Transaction peut être rescindée, lorsqu'il y a erreur dans la personne ou dans l'objet de la contestation; elle peut l'être dans tous les*

cas où il y a dol ou violence. Ce mot *néanmoins* caractérise visiblement une exception. L'art. 2053 forme donc visiblement, dans l'intention du législateur, une exception à l'art. 2052.

» L'art. 2054 continue : *il y a également lieu à l'action en rescision contre une Transaction, lorsqu'elle a été faite en exécution d'un titre nul, à moins que les parties n'aient expressément traité sur la nullité.* Que signifie ce mot *également* ? Il signifie indubitablement qu'aux exceptions par lesquelles l'art. 2053 limite la disposition générale de l'art. 2052, l'art. 2054 va en ajouter une autre ; il signifie indubitablement que c'est encore par exception à l'art. 2052, que l'art. 2054 va établir la disposition qu'il renferme.

» A la vérité, les exceptions écrites dans l'art. 2053, ne portant que sur l'erreur dans la personne ou *dans* l'objet de la contestation, sur le dol et sur la violence, ne peuvent pas être appliquées à l'erreur de droit ; mais d'où cela vient-il? De la généralité de la disposition de l'art. 2052 qui defend d'attaquer les Transactions pour cause d'erreur de droit ? Non : cela résulte uniquement de la nature même de ces exceptions, qui ne peuvent porter que sur des faits.

» Mais il n'en est pas de même de l'exception écrite dans l'art. 2054 : cette exception est, par sa nature, applicable au cas où un titre nul a été supposé valable par erreur de droit, comme au cas où il a été supposé valable par erreur de fait. L'art. 2054 doit donc être entendu dans toutes la latitude de son sens littéral. Nous devons donc adapter, à cet article la maxime, *lege non distinguente, nec nos distinguere debemus.*

» Troisièmement, il existe dans le procès-verbal de la discussion du Code civil, une preuve irréfragable que l'art. 2054 a été rédigé par le conseil d'état, dans le sens le plus large, et de manière à exclure toute idée de le restreindre au cas de l'erreur de fait.

» L'art. 2052, dans sa première rédaction arrêtée par le conseil d'état, était ainsi conçu : *Les Transactions ont, entre les parties, l'autorité de la chose jugée en dernier ressort; elles ne peuvent être attaquées pour cause d'erreur dans la nature du droit litigieux, ni pour cause de lésion.*

» Il n'était point là question, comme vous le voyez, *d'erreur de droit;* et par conséquent, si l'art. 2052, n'eût éprouvé aucun changement, il n'y aurait pas eu l'ombre d'un prétexte pour soutenir, en le rapprochant de l'art. 2054, que celui-ci ne pouvait pas s'entendre du cas où une erreur de droit eût, dans une Transaction faite en exécution d'un titre nul, fait supposer ce titre valable; la disposition de l'art. 2054 étant, par elle-même indéfinie, se serait nécessairement appliquée à l'erreur de droit, comme à l'erreur de fait.

» Quelle a donc été la cause du changement que nous remarquons entre la première rédaction de l'art. 2052 et sa rédaction actuelle? C'est que le tribunat a fait, sur cet article, une observation qui avait pour objet de substituer les mots, *pour cause d'erreur de droit*, aux mots *pour cause d'erreur dans la nature du droit litigieux.*

» Le conseil d'état a trouvé que l'observation était juste et l'a adoptée. Mais en l'adoptant, qu'a-t-il changé à l'art. 2054 ? Rien. L'observation ne tombait pas sur l'art. 2054. L'art. 2054 est donc resté dans sa généralité primitive ; et conséquemment, de même que rapproché de la première rédaction de l'art. 2052 ; il ne pouvait pas être restreint au cas de l'erreur de fait, de même aussi il n'a pas pu, rapproché de la rédaction actuelle du même article, être interprété de manière à ne pas comprendre le cas de l'erreur de droit.

» Aussi les orateurs du gouvernement et du tribunat ont ils parlé de l'art. 2054, comme d'une disposition illimitée. *Lorsqu'un titre est nul* (a dit M. Bigot de Préameneu, dans l'exposé des motifs), *il ne peut en résulter aucune action pour son exécution. Ainsi, lors même que, dans ce titre, il y aurait des expressions obscures, elles ne pourraient faire naître de contestations douteuses, puisque celui contre qui on voudroit exercer l'action, aurait, dans sa nullité, un moyen certain d'en être déchargé. Il faut donc, pour que, dans ce cas, la Transaction soit valable, que les parties aient expressément traité sur la nullité.*

» M. Gillet, tribun, s'est exprimé en termes non moins généraux : *Toute convention* (a-t-il dit) *a une cause ; celle de la Transaction est la crainte des procès*, propter timorem litis. *Ainsi, lorsqu'un procès est terminé par jugement passé en force de chose jugée, il ne peut y avoir de Transaction, parcequ'il ne peut plus y avoir de doute. Il faut en dire autant, si la Transaction n'est que l'exécution d'une pièce nulle. La convention manque de cause, à moins que les difficultés élevées sur la nullité même n'en aient été l'objet.*

» M. Albisson, parlant des causes qui peuvent vicier une Transaction, observe qu'il faut y comprendre *toutes celles qui excluent le consentement, sans lequel nulle convention ne peut subsister. Ainsi* (continue-t-il), *l'erreur*

dans la personne ou sur l'objet de la contestation, le dol ou la violence qui vicient tous les contrats, donnent ouverture à l'action en rescision. Ainsi, une Transaction faite en exécution d'un titre nul, à moins que, la nullité étant connue, elle n'ait été expressément l'objet du traité, peut également être rescindée. Telles sont en effet les dispositions des art. 10 et 11 (aujourd'hui 2053 et 2054); et nous devons remarquer en passant, qu'en s'expliquant ainsi, M. Albisson justifie complétement l'observation que nous faisions il n'y a qu'un instant sur ces deux articles, savoir, qu'ils contiennent chacun une exception à l'art. 2052, qu'ils dérogent, l'un comme l'autre, à l'art. 2052, en tant que celui-ci attribuant aux Transactions l'autorité de la chose jugée, les met à l'abri de toute action rescisoire fondée sur l'erreur de droit ou la lésion.

» Disons donc que l'art. 2054 ne comprend pas moins dans sa disposition le cas où, dans une Transaction faite en exécution d'un titre nul, ce titre a été supposé valable par une erreur de droit, que le cas où, dans une Transaction de la même nature, ce titre a été supposé valable par une erreur de fait.

» Mais de là devons-nous conclure que la cour d'appel de Montpellier a pu et dû, en rescindant la Transaction du 27 septembre 1806, rejeter la fin de non-recevoir que la demanderesse en faisait résulter contre les moyens de forme opposés par le général Charles de Frégeville à la donation du 13 frimaire an 4?

» La chose paraît, au premier abord, sans difficulté. Par la Transaction du 27 septembre 1806, le général Charles de Frégeville et la demanderesse ont bien transigé sur le mode d'exécution de la donation du 13 frimaire an 4; mais ils n'ont pas transigé sur la question de savoir si cette donation était valable ou nulle. Le général Charles de Frégeville semblerait donc avoir conservé le droit d'arguer la donation de nullité; il semblerait donc être autorisé par l'art. 2054 du Code civil, à demander, en prouvant que la donation était nulle, la rescision de la Transaction qui l'a supposée valable.

» Mais prenons-y garde. Le général Charles de Frégeville n'a pas seulement reconnu, par la Transaction du 27 septembre 1806, que la donation du 13 frimaire an 4 devait être exécutée; il a encore, et par le même acte et par des actes postérieurs, exécuté réellement cette donation.

» Il l'a exécutée par le même acte, en consentant que la demanderesse conservât, en sa qualité de donataire, l'usufruit de deux immeubles en possession desquels elle avait été envoyée provisoirement en la même qualité, par le jugement du tribunal civil d'Alby, du 4 juillet précédent.

» Il l'a exécutée par le même acte, en rachetant, moyennant un capital de 35,000 francs, la rente viagère de 4,000 francs qui faisait partie de la donation.

» Il l'a exécutée par le même acte, en ajoutant aux objets mobiliers du domaine de Réalmont qui étaient acquis à la demanderesse en vertu de la donation, d'autres objets mobiliers du même domaine que la donation n'embrassait pas, mais qu'il lui a cédés pour une somme de 4,449 francs, à valoir sur une somme plus forte, dont faisait partie celle de 35,000 francs dont nous venons de parler; et en déclarant qu'en conséquence, la demanderesse *demeurerait, dès ce moment, propriétaire* de tous les meubles et effets mobiliers du domaine de Réalmont.

» Il l'a exécutée par le même acte, en cédant à la demanderesse deux rentes foncières dont il était créancier, à compte des arrérages que la rente viagère de 4,000 francs avait produits dans l'intervalle de la mort de Henri de Frégeville à la Transaction.

» Il l'a exécutée par le même acte, en payant à la demanderesse une somme convenue pour le complément de ces arrérages.

» Il l'a exécutée enfin par des actes postérieurs, en payant à la demanderesse, d'abord 50,000 francs ensuite 18,000 francs à compte d'une somme dont faisait partie celle de 35,000 francs, à laquelle nous venons de voir qu'avait été fixé à forfait le rachat de la rente viagère.

» Or, peut-on appliquer à une Transaction qui a ainsi exécuté une donation, peut-on appliquer à une Transaction qui a été ainsi exécutée elle-même, la disposition de l'art. 2054 du Code civil?

» Nous ne craignons pas de le dire, étendre jusqu'à ce point l'application de cet article, ce serait mettre cet article dans une discordance insoluble avec l'art. 1340 du même Code.

» Nous l'avons déjà remarqué: l'art. 1340 du Code civil établit que *la confirmation, ou ratification, ou exécution volontaire d'une donation par les héritiers ou ayant-cause du donateur, après son décès, emporte leur renonciation à opposer, soit les vices de forme, soit toute autre exception.*

» Et il en résulte clairement que, si sans transiger avec la demanderesse comme il l'a fait par l'acte du 27 septembre 1806, le général Charles de Frégeville s'était borné à exécuter volontairement, comme il l'a fait par le même

acte et par des actes postérieurs, la donation du 13 frimaire an 4, il se serait, par cela seul et de plein droit, placé dans une impossibilité absolue d'opposer à cette donation aucun vice de forme.

» Or, ce qu'il n'aurait pas pu faire, après avoir exécuté de fait la donation du 13 frimaire an 4, après l'avoir exécutée de son propre mouvement, et sans s'y être préalablement obligé par aucun acte, peut-il le faire après avoir consenti par une Transaction à ce que cette donation fût exécutée, après avoir consenti à l'exécuter, après avoir exécuté la Transaction elle-même?

» C'est demander, en d'autres termes, si les Transactions, qui sont essentiellement destinées à éteindre les procès, peuvent produire un effet directement contraire à leur destination; c'est demander si une prétention qui serait irrévocablement éteinte par un simple fait, dans le cas où l'on n'eût pas transigé, peut et doit revivre précisément parcequ'au simple fait qui en aurait seul opéré l'anéantissement, l'on a pris le soin d'ajouter une Transaction; et la négative est trop évidente pour qu'elle puisse trouver un seul antagoniste.

» Il faut donc nécessairement, si l'on veut raccorder l'art. 2054 avec l'art. 1340, convenir que l'art. 2054 n'est pas applicable au cas que l'art. 1340 a réglé. Il faut donc nécessairement, si l'on ne veut pas admettre dans le Code civil l'antinomie la plus choquante, convenir que les héritiers d'un donateur qui, par une Transaction, ont exécuté une donation susceptible de critique dans la forme, sont non-recevables à l'attaquer, même en prouvant que dans la forme elle était nulle, et quoique, par la Transaction, ils n'aient pas expressément renoncé à leurs moyens de nullité, quoique, par la Transaction, ils n'aient fait que la supposer valable.

» Et qu'on ne dise pas que, par cette manière de concilier l'art. 2054 avec l'art. 1340, nous réduisons l'art. 2054 à une vaine théorie; qu'on ne dise pas que, si l'art. 2054 n'est pas applicable à une Transaction par laquelle les héritiers d'un donateur exécutent une donation nulle, il ne restera plus de matière à laquelle on puisse faire l'application de cet article.

» Sans sortir même du cercle des donations, nous trouverons un cas assez fréquent où l'art. 2054, entendu tel que nous croyons avoir démontré qu'il doit l'être, recevra l'application la plus directe et la plus entière.

» L'art. 1339 porte, que *le donateur ne peut réparer par aucun acte confirmatif le vice d'une donation entre-vifs*; et il ajoute: *nulle en la forme, il faut qu'elle soit refaite en la forme légale.*

» Supposons, d'après cet article, qu'il s'élève, entre un donateur et un donataire, des difficultés, non sur la validité de la donation, mais sur son interprétation, sur son étendue, sur ses effets; et que, pour mettre fin à ces difficultés, le donateur et le donataire transigent ensemble.

» Supposons qu'ensuite le donateur, s'apercevant d'un vice de forme qui s'est glissé dans la donation, s'en prévale pour demander que la donation soit déclarée nulle; et que le donataire lui oppose la Transaction comme un voile impénétrable qui a couvert à jamais la nullité de cet acte.

» Que prononcera le juge? Dira-t-il que le donateur devait, lorsqu'il a transigé, connaître le vice de forme de la donation; qu'il n'a pu l'ignorer que par erreur de droit; que, d'après l'art. 2052, il ne peut pas, sous ce prétexte, revenir contre la Transaction; et que, par conséquent, la nullité de la donation est irrévocablement purgée à son égard?

» Non: il considérera que le donateur ne pouvant, aux termes de l'art. 1339, réparer par un simple acte confirmatif, les vices de forme de sa donation, il n'a pas pu davantage les réparer par une Transaction qui ne fait que supposer sa donation valable. Il sentira qu'à la vérité, le donateur aurait pu transiger sur ces vices de forme; et que, s'il l'eût fait, la Transaction aurait, pour le couvrir, le même effet qu'un jugement en dernier ressort, qui, les eût déclarés insuffisans pour annuler la donation; mais que n'ayant pas transigé sur ces vices de forme, l'art. 2054 lui laisse tous ses droits pour les faire valoir.

» En conséquence, il rejettera la fin de non-recevoir du donataire; et si la donation est effectivement nulle dans la forme, il la déclarera telle nonobstant la Transaction.

» Voilà donc un cas où notre manière d'entendre l'art. 2054, s'accorde parfaitement avec l'effet que nous attribuons, et qu'on ne peut se dispenser d'attribuer à l'art. 1340.

» Mais ce cas n'est pas le seul; et l'on doit raisonner, l'on doit juger de même dans toutes les circonstances, qui assurément ne sont pas rares, où la Transaction ne contient pas une exécution positive de la donation.

» Mais encore une fois, lorsque, comme dans notre espèce, la donation est positivement exécutée par la Transaction, les vices de forme en sont irrévocablement couverts en vertu de l'art. 1340, et indépendamment de l'art. 2054, comme ils le seraient irrévocablement, si, sans transiger, les héritiers du dona-

teur avaient exécuté la donation de fait.

» Et dès-là, plus de doute que la cour d'appel de Montpellier n'ait violé l'art. 1340, en rejetant la fin de non-recevoir de la demanderesse, en tant qu'elle portait sur l'exception tirée par le général Charles de Frégeville, des prétendus vices de forme de la donation du 13 frimaire an 4 ».

Sur ces raisons et sur celles qu'on trouvera aux endroits cités plus haut des articles *Don mutuel*, *Donation* et *Simulation*, arrêt du 23 juin 1813, au rapport de M. Cochard, par lequel,

« Vu les art. 1340, 2052, 2054 et 1097 du Code civil, la loi 7, D. *de pactis dotalibus*, la loi 7, C. *de jure dotium*, la loi 27, §. 4, D. *de pactis*, la loi 12, C. *de solutionibus*, les art. 1320 et 1322 du Code civil, les lois 36 et 38, D. *de contrahendâ emptione*, la loi 3, C. cod. tit., la loi 46, D. *locati conducti*, la loi 6, D. *pro donato*, et la rubrique du Code *plus valere quod agitur quàm quod simulatè concipitur*;

» Et attendu 1° que, bien qu'il paraisse invraisemblable que le général Charles de Frégeville ait ignoré, avant la Transaction du 27 septembre 1806, l'existence de la donation mutuelle passée entre le général Henri de Frégeville, son frère, et la dame de Possac, son épouse, par acte notarié du 13 frimaire an 4, puisqu'elle avait été produite devant le tribunal civil d'Alby, dans l'instance que ladite dame y avait poursuivie contre lui comme seul héritier de sondit frère, laquelle instance avait pour objet l'envoi en possession provisoire des biens compris dans ladite donation faite en sa faveur; que l'ordonnance de ce tribunal portant permission de le faire citer pardevant lui dans le délai de deux mois, à raison de son absence, étant alors en service actif comme général dans les armées françaises en Italie, lui avait été signifiée à son domicile habituel à Montpellier;

» Toujours est-il vrai de dire que le sieur Rech, son fondé de pouvoir et jurisconsulte, en avait une connaissance parfaite, puisque ladite donation est expressément rappelée dans ladite Transaction, dans laquelle il a stipulé les intérêts de son commettant sous la qualité de mandataire spécial de celui-ci; et que l'arrêt de la cour d'appel de Montpellier ne renferme ni motifs, ni dispositions, desquels on puisse induire que ledit sieur Rech n'ait pas eu une connaissance entière, pleine et parfaite de tout le contenu en ladite donation;

» D'où il suit que cette connaissance est devenue personnelle au mandant lui-même, puisqu'il y était représenté par son mandataire qui avait titre et qualité suffisans pour agir pour lui, et l'obliger personnellement;

» Attendu 2° que ladite Transaction portant avec elle la preuve de l'exécution libre et spontanée qu'avait donnée ledit sieur Charles de Frégeville, par le fait de son mandataire, à ladite donation du 13 frimaire an 4, le fait seul de cette exécution le rendait non-recevable à l'attaquer, soit sous le prétexte de la prétendue ignorance où il disait être de son existence, soit sous le prétexte plus frivole encore de la prétendue nullité qui l'affectait à raison de ce que, réunissant tous les caractères d'une donation entre époux mutuelle et réciproque, elle avait été passée par un seul et même acte, et qu'il n'avait pas été expressément transigé sur cette nullité;

» Attendu qu'en étayant l'annullation qu'elle en a prononcée sur ce double motif, ladite cour d'appel a formellement contrevenu audit art. 1340, qui veut que la confirmation ou ratification, ou exécution volontaire d'une donation par les héritiers ou ayant-cause du donateur, après son décès, emporte leur renonciation à opposer, soit les vices de forme, soit toute autre exception; et qu'il a fait en même temps une fausse application de l'art. 2054 du même Code, qui porte qu'il y a lieu à l'action en rescision d'une Transaction, lorsqu'elle a été faite en exécution d'un titre nul, à moins que les parties n'aient expressément transigé sur cette nullité, puisque l'exécution volontaire donnée à la donation dont il s'agit, exécution constatée par la Transaction même, et par les faits personnels audit sieur de Frégeville, postérieurs à ladite Transaction, en prouve la consommation définitive contre laquelle il ne lui est plus possible de revenir, parcequ'aux termes de l'art. 2052, les Transactions ont entre les parties l'autorité de la chose jugée en dernier ressort, et que, suivant l'art. 1340, lorsque la donation est exécutée volontairement par les héritiers du donateur, après son décès, cette exécution en couvre tous les vices de forme, ainsi que toutes autres exceptions;

» Qu'il suit de là que cette exécution spontanée que ladite donation a reçue, soit par ladite Transaction qui en est elle-même l'exécution de la part du mandataire dudit sieur Charles de Frégeville, soit par le fait de celui-ci postérieurement à ladite Transaction, en payant à ladite dame de Possac partie des sommes dont il lui était redevable, a suffi pour couvrir tous les vices de forme qu'il opposait contre ladite donation, tels que le dé-

faut de lecture d'icelle aux parties intéressées après sa rédaction, et le défaut d'insinuation ;

» Que du système contraire il résulterait une contrariété choquante entre les art. 1340 et 2054 du même Code, en ce que la simple exécution d'une donation après la mort du donateur, rendrait, aux termes du premier, ses héritiers non-recevables à l'attaquer ensuite, soit pour vices de forme, soit par tout autre moyen de droit ; et que, suivant le second, une donation suivie d'une Transaction, après même l'exécution la plus complète qu'elle aurait pu recevoir, ne serait pas moins susceptible d'être attaquée sur le prétexte qu'il n'aurait pas été transigé d'une manière expresse sur les nullités qui auraient pu affecter ladite donation ;

» Qu'une contrariété aussi révoltante n'a jamais pu exister, soit dans les expressions combinées et bien entendues des deux articles, soit dans les vues et l'intention du législateur, puisqu'il est évident que la disposition dudit art. 2054 ne peut jamais avoir lieu, que lorsque les parties intéressées sont restées dans les termes d'une simple Transaction, non encore suivie d'aucune exécution de la donation qu'elle a eue pour objet ; mais que ledit art. 1340 reprend toute sa force et tout son empire, dans tous les cas où les mêmes parties ont librement et volontairement exécuté la donation, soit qu'il y ait eu Transaction sur icelle, soit qu'il n'y en ait pas eu ;

» Attendu, sur le second moyen, que l'art. 1097 du Code civil, en prohibant les donations mutuelles entre époux par un seul et même acte, n'a eu ni pu avoir pour objet que de changer le mode des dispositions de cette espèce ; que cette prohibition est tout-à-fait étrangère à la capacité ou incapacité des époux, puisqu'aux termes de l'art. 1096 du même Code, il n'en sont pas moins capables de se donner mutuellement par des actes séparés, ce qui ne pourrait pas être, s'ils étaient frappés d'une incapacité légale, dont l'effet naturel et nécessaire serait de les priver de la faculté de se faire, de quelque manière que ce fût, des donations mutuelles. ;

» Qu'il suit de là que ladite cour d'appel de Montpellier a fait une fausse application dudit art. 1097, et qu'en jugeant nulle une donation mutuelle faite entre époux par un seul et même acte authentique sous la date du 13 frimaire an 4, époque à laquelle elles pouvaient, en vertu des lois alors existantes, être faites et rédigées dans cette forme, elle a donné un effet rétroactif audit article, et qu'elle a expressément contrevenu à l'art. 2 du même Code, qui porte que la loi ne dispose que pour l'avenir, et qu'elle n'a point d'effet rétroactif ;

» Sur le troisième moyen résultant du défaut prétendu de réciprocité, en ce que, suivant la cour d'appel de Montpellier, le sieur Henri de Frégeville n'aurait rien reçu de la dame son épouse, en échange de ce dont il l'aurait gratifiée par la donation réciproque du 13 frimaire an 4,

» Attendu que les biens de ladite dame, dont elle avait assuré l'usufruit par ledit acte à son mari en cas de survie de la part de celui-ci, se composaient de sa dot mobilière de 86,000 francs et de celui de tous ses autres biens présens et à venir, tels qu'elle se les était constitués en dot par son contrat de mariage du 14 pluviôse de l'an 3 ;

» Qu'à l'égard de sa dot mobilière, la donation de l'usufruit qu'elle en avait faite à sondit mari, était réelle et susceptible de produire, le cas échéant, tout son effet ;

» Que la convention passée, le jour même de son mariage, entre celui-ci et le sieur Despradels, par laquelle ledit sieur Henri de Frégeville promettait de rendre à ce dernier ladite dot, dans le cas où ladite dame son épouse le prédécéderait sans enfans issus de leur mariage, ne détruisait point cette réalité effective, parceque ladite convention passée à l'insçu et en l'absence de ladite dame, était une véritable contre-lettre proscrite par les lois 7, D. *de pactis dotalibus*, et 7, C. *de jure dotium*, rigoureusement observées dans tous les ci-devant pays de droit écrit, admises par la jurisprudence universelle de tous les tribunaux français, et confirmées par l'art. 1396 du Code civil, qui porte que nul engagement ou contre-lettre n'est valable sans la présence et le consentement simultané de toutes les personnes qui ont été parties dans le contrat de mariage ;

» Qu'au surplus, quand même cette convention aurait été valable entre le sieur Despradels et le général Henri de Frégeville, elle n'aurait du moins pu avoir aucun effet contre la dame demanderesse qui ne l'avait point souscrite, ni par conséquent contre ses héritiers ; que, dès-lors, si elle était prédécédée sans enfans, Henri de Frégeville aurait été obligé de restituer sa dot à ses héritiers, indépendamment de la restitution qu'il eût été tenu d'en faire audit sieur Despradels ; qu'ainsi, ladite demanderesse, en donnant à son mari l'usufruit de sa dot, lui avait donné le droit d'en différer la restitution à ses héri-

tiers tant qu'il vivrait, droit qui avait certainement une valeur appréciable;

» Qu'ainsi, de ce chef, il y avait une véritable réciprocité dans la donation; et qu'en jugeant le contraire, la cour d'appel de Montpellier a violé ladite loi 17, §. 4, *D. de pactis*, et la loi 12, C. *de solutionibus*;

» Attendu qu'à l'époque de ladite donation mutuelle du 13 frimaire an 4, le père de ladite dame étant décédé le 2 ventôse de l'an 3, ses droits à cette succession étant conséquemment ouverts, il y avait encore réciprocité bien réelle à l'égard de l'usufruit qu'elle en transmettait à son mari par la donation dont il s'agit;

» Que le fait de cette transmission réelle est si constant, qu'il est établi par la Transaction même dans laquelle il est dit que le sieur Henri de Frégeville avait reçu, le 6 floréal an 11, 4,000 francs, et le 30 fructidor an 12, 4,701 francs à compte des droits successifs de son épouse;

» Que les actes qui constataient cette double réception, devaient, d'après les art. 1320 et 1322 du Code civil, faire pleine foi contre le défendeur, héritier dudit de Frégeville; et qu'en jugeant le contraire, ladite cour d'appel de Montpellier a violé lesdits articles;

» Attendu enfin, qu'en ce qui concerne la donation également faite par ladite dame de Possac à sondit mari de ses biens paraphernaux, elle n'en avait aucuns de cette espèce lors de ladite donation, ce qui constituait, à la vérité, un défaut de réciprocité partielle; mais attendu aussi que cette absence de biens paraphernaux ne présentait pas un motif suffisant pour annuler ladite donation sur le prétexte d'un défaut absolu de réciprocité, soit parceque ledit sieur Henri de Frégeville n'ignorait pas que la dame son épouse s'étant constitué en dot, par son contrat de mariage tous ses biens présens et à venir, la donation des biens de cette espèce qu'il savait bien ne pas exister, n'avait pas été, ni pu être pour lui un motif déterminant pour l'engager à souscrire en sa faveur la donation qu'il lui avait souscrite, soit parcequ'étant capable lui-même de donner, et la dame son épouse capable de recevoir, la donation qu'il aurait simulée en lui désignant la qualification de donation réciproque, n'en devrait pas moins subsister comme donation pure et simple, puisque, suivant les principes et les lois, les actes simulés, lorsqu'ils sont exempts de dol et de fraude, n'en doivent pas moins subsister dans la qualité réelle que les parties contractantes ont eu l'intention de leur imprimer;

» D'où il suit qu'en annulant ladite donation contentieuse sous le frivole prétexte d'un prétendu défaut de réciprocité partielle, tandis que les lois en assuraient la stabilité, soit parceque l'égalité n'a jamais été requise dans les donations mutuelles entre époux, puisque l'un d'eux pouvait donner à l'autre sans retour de la part de celui-ci, soit parcequ'en la considérant comme donation simple faite par le mari à son épouse, les lois n'en assuraient pas moins la validité;

» De tout quoi il résulte que la cour d'appel de Montpellier, en jugeant le contraire, a tout-à-la-fois contrevenu aux dites lois 7, *D. de pactis dotalibus*; 7, D. *de jure dotium*; aux lois 36 et 38, D.; à la loi 3, C. *de contrahendâ emptione*, et à la loi dernière, D. *pro donato*, qui décident toutes que les actes simulés, exempts de dol et de fraude, doivent valoir et subsister de la manière dont les parties contractantes ont entendu qu'ils fussent mis à exécution;

» Par ces motifs, la cour, casse et annulle ledit arrêt de ladite cour d'appel de Montpellier..... ».]]

IV°. L'erreur annulle encore la Transaction, lorsqu'elle tombe sur la personne de celui avec qui on transige. Par exemple, si le créancier d'une succession transige avec celui qu'on croyait être l'héritier, et qui ne l'était pas, cette Transaction sera sans effet, et n'obligera ni le créancier ni le véritable héritier. *Debitor cujus pignus creditor distraxit, cùm Mœvio qui se legitimum creditoris heredem esse jactabat, minimè transegit: posteà testamento prolato, Septicium heredem esse apparuit; quæsitum est, si agat pignoratitiâ debitor cùm Septicio, an is uti possit exceptione Transactionis factæ cùm Mœvio qui heres eo tempore non fuerit, possitque Septicius pecuniam quæ Mœvio, ut heredi, à debitore numerata est, condictione repetere, quasi sub prætextu hereditatis acceptum? Respondit, secundùm ea quæ proponerentur, non posse, quia neque cùm eo ipse transegit, nec negotium Septicii Mœvius gerens accepit.* (Loi 3, §. 2, D. *de Transactionibus*).

[[L'art. 2053 du Code civil décide également qu'*une Transaction peut être rescindée, lorsqu'il y a erreur dans la personne.* Et il ajoute qu'il en est de même, *lorsqu'il y a erreur sur l'objet de la contestation.*]]

V. L'erreur est aussi un moyen de rescision pour le mineur qui, devenu majeur a, sans voir aucune pièce, transigé avec son tuteur

sur le compte que lui devait celui-ci; et ce moyen est d'autant plus infaillible, qu'il est appuyé d'une présomption de dol de la part du tuteur. « Il est impossible (dit Brodeau, » lettre T, §. 3) que de tels contrats et » Transactions soient exempts de surprise, de » fraude et de dol personnel, de la part du » tuteur. Saisi de toutes les pièces, il sait assu- » rément s'il est reliquataire ou non; et à son » égard, il n'y a rien de douteux ni d'incertain. » Quant au mineur, il est dans une juste igno- » rance, et il est bien facile de le surprendre » et de lui en faire accroire ».

Brodeau ajoute qu'un grand nombre de textes qu'il cite, annullent ces sortes de Transactions. C'est aussi ce qu'ont jugé plusieurs arrêts.

Louet, à l'endroit qu'on vient d'indiquer, en rapporte un du parlement de Paris, du 27 novembre 1585.

Maynard, liv. 2, chap. 100, nous en fournit un autre intervenu au parlement de Toulouse, en décembre 1592.

Le parlement d'Aix en a rendu un semblable le 19 décembre 1639; il est rapporté par Boniface, tome 1, liv. 4, tit. 3, chap. 3.

On en trouvera ci-après d'autres qui ont jugé de même.

[[Les art. 492 et 2045 du Code civil confirment expressément cette jurisprudence.

Le premier porte que « tout traité qui » pourra intervenir entre le tuteur et le mi- » neur devenu majeur, sera nul, s'il n'a été » précédé de la reddition d'un compte dé- » taillé, et de la remise des pièces justificati- » ves : le tout constaté par un récépissé de » l'oyant-compte, de dix jours au moins avant » le traité ».

Le second ajoute que « le tuteur ne peut » transiger avec le mineur devenu majeur, sur » le compte de tutelle, que conformément à » l'art. 472 ».

Cette disposition sur laquelle je reviendrai au mot *Tutelle*, sect. 5, §. 2, n° 3, est-elle applicable à une Transaction passée sur un compte ordinaire entre majeurs?

Le 13 floréal an 11, le sieur Ritzenthaller donne à bail au sieur Martin plusieurs appartemens dégradés, et l'autorise à y faire, jusqu'à concurrence de 7,200 francs, toutes les réparations et tous les embellissemens qu'il jugera convenables.

Le sieur Martin s'empresse de faire ces réparations et ces embellissemens, et meurt deux ans après son entrée en jouissance des appartemens qu'il a pris à bail.

Des difficultés s'élevent entre le sieur Ritzenthaller et l'héritier du sieur Martin, sur le règlement des avances faites par celui-ci pour réparer et embellir les appartemens. L'héritier du sieur Martin en produit l'état, qui s'élève au-dessus de 7,200 francs, et il l'appuie de pièces justificatives.

Le 26 prairial an 13, traité par lequel, *pour entretenir la bonne intelligence* entre eux, l'héritier du sieur Martin et le sieur Ritzenthaller conviennent que les avances dont il s'agit, demeureront définitivement fixées à 7,200 francs.

Deux ans et demi après, le sieur Ritzenthaller demande que les réparations soient estimées par experts; et que les pièces justificatives des avances faites par le sieur Martin, lui soient représentées.

L'héritier du sieur Martin répond qu'il a supprimé ces pièces comme inutiles; qu'il y a été autorisé par le traité du 26 prairial an 13, et par le long silence dont il a été suivi de la part du sieur Ritzenthaller; que ce traité ayant été fait pour terminer une contestation à naître, doit être considéré comme une Transaction et en avoir tous les effets; qu'à la vérité, entre un mineur et son tuteur, une pareille Transaction serait nulle, faute de remise préalable des pièces justificatives à l'oyant-compte; mais qu'il en est autrement entre majeurs.

Le 28 décembre 1810, arrêt de la cour d'appel de Colmar, qui condamne l'héritier du sieur Martin à représenter l'état des dépenses, les mémoires et quittances des ouvriers; et ordonne qu'à défaut de cette représentation, il sera, sur sa déclaration, procédé par experts à la prisée des réparations.

Mais l'héritier du sieur Martin se pourvoit en cassation, et par arrêt du 7 juillet 1812, au rapport de M. Gandon,

» Considérant que le traité du 26 prairial an 13 a été passé sous l'empire du Code civil; que l'art. 472 de ce Code ne parle que des comptes de tutelle; et qu'ainsi, ni cet article du Code ni l'ordonnance de 1667 ne sont applicables à l'espèce où il ne s'agissait que de traiter entre majeurs sur l'exécution d'un mandat donné par Ritzenthaller, accepté et exécuté par Martin;

« Vu les art. 2044 et 2052 du Code civil;

» Considérant que le traité du 26 prairial an 13 a eu pour objet de prévenir toute contestation sur la manière dont Martin avait exécuté son mandat, et sur les avances qu'il avait à répéter; que ce traité énonce que les dépenses excédaient la somme de 7,200 francs, et que, pour maintenir la bonne intelligence entre les parties, il fut convenu que les dépenses de-

meureraient définitivement arrêtées à cette somme; que Thareau ne fut point chargé de conserver et de représenter l'état des dépenses et les mémoires d'ouvriers qui furent alors communiqués; que le traité absolu, définitif, était une véritable Transaction, et Transaction d'autant plus importante, qu'on voit dans l'arrêt attaqué, que Ritzenthaller a prétendu ne devoir pas tenir compte des embellissemens, et que, dans son écrit du 29 août 1810, il avait dit de certains ouvrages que, loin d'être utiles, ils avaient amené des dégradations actuelles; qu'avoir écarté cette Transaction pour plonger les parties dans des vérifications presque impossibles, c'est avoir ouvertement contrevenu aux deux articles cités:

» Par ces motifs, la cour casse l'arrêt de la cour d'appel de Colmar, du 27 décembre 1810...».]]

VI. Hors ces cas particuliers et ceux auxquels on peut appliquer les mêmes motifs de décision, il est constant que l'erreur *seule* ne suffit pas pour faire rescinder une Transaction.

La loi 29, C. *de Transactionibus*, décide qu'on ne peut, sous prétexte de pièces nouvellement recouvrées, revenir contre une Transaction qui a terminé toutes les contestations des parties: *Sub prætextu specierum post repertarum, generali Transactione finitâ rescindi prohibent jura.*

La loi 19 du même titre dit pareillement qu'une pièce recouvrée après coup, ne peut porter atteinte à une Transaction faite de bonne foi, à moins qu'elle n'ait été retenue par le fait de l'une des parties: *Sub prætextu instrumenti post reperti, Transactionem bonâ fide finitam rescindi jura non patiuntur. Sanè si, per se vel per alium, substractis instrumentis quibus veritas argui potuit, decisionem litis extorsisse probetur; si quidem actio superest, replicationis auxilio doli mali pacti exceptio removetur: si verò jam peremptа est, intrà constitutum tempus tantùm actionem de dolo potes exercere.*

[[L'art. 2057 du Code civil renouvelle ces dispositions, mais en les modifiant. Voici ses termes:

« Lorsque les parties ont transigé généralement sur toutes les affaires qu'elles pouvaient avoir ensemble, les titres qui leur étaient alors inconnus, et qui auraient été postérieurement découverts, ne sont point une cause de rescision, à moins qu'ils n'aient été retenus par le fait de l'une des parties.

» Mais la Transaction serait nulle, si elle n'avait qu'un objet sur lequel il serait constaté, par des titres nouvellement découverts, que l'une des parties n'avait aucun droit ».]]

VII. Les interprètes du droit romain sont assez partagés sur la question de savoir si la lésion d'outre moitié, ou du tout au tout, est un moyen de rescision contre une Transaction faite de bonne foi entre majeurs.

Les plus judicieux ont embrassé la négative, qui en effet paraît invinciblement démontrée par la loi 78, §. dernier, D. *ad Trebellianum*; par la loi 23, C. *de Transactionibus*; par la loi 65, §. 1, D. *de Condictione indebiti*, et par plusieurs autres textes.

En France, la question est décidée, depuis long temps, en faveur du même parti. L'ordonnance de Charles IX, du mois d'avril 1560, porte: « Confirmons et autorisons, par ces » présentes, toutes Transactions qui, sans dol » et force, sont passées entre nos sujets majeurs » d'ans, pour les choses qui sont en leur commerce et disposition. Voulons et nous plaît » que contre icelles nul ne soit reçu sous prétexte de lésion quelconque, mais que les juges, à l'entrée du jugement, s'il n'y a autre » chose alléguée contre icelles Transactions, » déboutent les impétrans des lettres, de l'effet » et entérinement d'icelles, et les déclarent » non-recevables ».

C'est sur cette disposition qu'est fondé un arrêt du 26 avril 1760, rapporté par Denisart, aux mots, *Réparation civile*. Les nommés Desrues, de Chartres, accusés par le sieur Pillaut d'un délit qui aurait entraîné de gros dommages-intérêts, s'ils en avaient été convaincus, ont transigé avec lui; et, moyennant la promesse d'une somme modique, l'ont engagé à se départir de sa plainte. L'instruction s'est continuée à la requête de M. le procureur-général, et par l'événement, les Desrues ont été mis hors de cour. Dans cette position, ils ont pris des lettres pour faire rescinder la Transaction; mais ils en ont été déboutés par sentence du bailliage de Chartres, du 20 août 1754; et sur l'appel qu'ils ont interjeté de cette sentence, l'arrêt cité l'a confirmée avec amende et dépens.

L'ordonnance de Charles IX n'est pas enregistrée au parlement de Flandre: mais les principes qui l'ont dictée, ne doivent-ils pas en rendre la disposition universelle, et la faire valoir en cette cour comme dans les autres tribunaux français?

D'anciens arrêts avaient jugé que non.

Deghewiet, *Institutions au droit belgique*, part. 2, tit. 6, §. 6, nos 4 et 5, dit qu'à la vérité, on ne peut pas rescinder une Transaction sous

prétexte de lésion d'outre moitié, mais qu'il y aurait lieu à la rescision, si la lésion était *énormissime*, parcequ'elle équivaudrait à un dol réel. « Il en a été ainsi décidé (poursuit-» il) par arrêt du parlement de Flandre, du » 28 janvier 1698, et par un autre du grand-» conseil de Malines, du 22 septembre 1702 ».

M. de Baral, d'abord conseiller et ensuite procureur-général au parlement de Flandre, dit la même chose, §. 1, et fonde sa doctrine sur un arrêt rendu à son rapport en décembre 1688.

Cette jurisprudence était trop contraire aux vrais principes, pour que tôt ou tard on n'essayât point de la combattre. L'occasion s'en est présentée depuis peu, et on l'a fait avec succès.

La veuve du sieur Le Febvre de la Basse-Boulogne était en contestation avec les héritiers de son mari, sur un partage de communauté. Une sentence ayant réglé les opérations à faire pour procéder à ce partage, les parties y acquiescèrent par Transaction du 24 octobre 1771. Le 22 janvier suivant, la dame de la Basse-Boulogne obtint des lettres contre cet acte, et les présenta à l'entérinement, avec une requête dans laquelle elle articulait et offrait de prouver une lésion *énormissime*. Les héritiers de son mari soutinrent qu'une Transaction ne pouvait être rescindée du chef de lésion, même du tout au tout; et bornèrent là leur défense. Par sentence du 30 avril 1772, les échevins de Bailleul ordonnèrent à *l'impétrante* de déclarer, dans la huitaine, si elle voulait entreprendre la preuve qu'elle eût été induite *par dol ou circonvention* à signer l'acte dont il s'agissait. La dame de la Basse-Boulogne, entrevoyant dans ce prononcé, que son moyen de lésion serait infailliblement rejeté en définitive, interjeta appel de la sentence au présidial de Bailleul, qui la confirma purement et simplement par une autre du 8 juillet suivant. La dame de la Basse-Boulogne appela de nouveau au conseil supérieur de Douay, et y obtint, le 10 mai 1774, un arrêt conforme à sa demande et à l'ancienne jurisprudence. Mais les héritiers, s'étant pourvus en révision, le parlement de Flandre, par arrêt du 24 mars 1775, rendu au rapport de M. l'abbé de Dion, les chambres assemblées, a déclaré qu'erreur était intervenue, a confirmé les sentences du présidial et de l'échevinage de Bailleul, et a condamné la dame de la Basse-Boulogne aux dépens de la cause d'appel et à ceux de la révision.

Le président Winantz, §. 70, dit que la même chose a été jugée par arrêt du conseil souverain de Brabant, rendu tout d'une voix le 31 juillet 1708,

Le moyen de lésion n'est donc jamais admissible dans la bouche d'un majeur qui a transigé.

[[Et c'est ce que le Code civil décide nettement : « Les Transactions (dit-il, art. 2052) » ne peuvent être attaquées pour cause de » lésion ».]]

VIII. Mais si à la lésion se joignait la faveur de la minorité, rien n'empêcherait que la rescision n'eût lieu. Les lois 1 et 2, C. *si adversùs Transactionem*, parlent de deux mineurs restitués contre des Transactions qui les lésaient, et supposent par conséquent que la restitution est de droit en pareil cas.

[[L'art. 1305 du Code civil insinue la même chose : « La simple lésion donne lieu à la » rescision en faveur du mineur.... *contre* » *toutes sortes de conventions* ».

Il n'importe que la Transaction faite avec un mineur, ait été homologuée en justice, après toutes les formalités prescrites par l'art. 437. Ce n'est qu'à l'égard des aliénations d'immeubles et des partages de successions, que l'art. 1314 ferme aux mineurs la voie de la rescision, lorsque les formalités requises à raison de la faiblesse de leur âge, ont été remplies; les Transactions restent sous l'empire de la règle générale qu'établit l'art. 1305.]]

Au surplus, pour qu'un mineur se fasse restituer contre une Transaction, il ne lui suffit pas d'alléguer qu'elle le grève : il faut qu'il le prouve; car ce n'est pas précisément la minorité, mais la lésion qu'elle facilite, qui fait accorder au mineur le bénéfice de la restitution en entier : *Minor non restituitur ut minor, sed ut læsus*.

De là, l'arrêt du parlement de Flandre, du 16 mars 1706, qui juge, suivant le président Desjaunaux, tome 4, §. 135, « qu'un mineur » ne doit pas être restitué contre une Tran-» saction passée au sujet de la révision d'un » procès qu'il avait perdu par arrêt, pour peu » qu'il y ait de doute ».

IX. Dans tous les cas où une Transaction est sujette à rescision, il faut, pour la faire rescinder réellement, se pourvoir dans le terme fixé par les ordonnances [[et par l'art. 1304 du Code civil]], c'est-à-dire, dans les dix ans.

Ce terme court régulièrement du jour de l'acte. Mais si la demande en rescision est fondée sur la découverte de pièces qui étaient retenues par le fait de la partie avec laquelle on a transigé, les dix ans ne com-

mencent à courir que du jour de cette découverte.

[[« Ce temps ne court (dit le Code civil, » art. 1304), dans le cas de violence, que du » jour où elle a cessé; dans le cas d'erreur ou » de dol, que du jour où ils ont été découverts ».]]

X. Lorsque la rescision est demandée pour cause de minorité et de lésion, les dix ans ne se comptent que du moment où le mineur a atteint sa majorité. [[*Code civil, art.* 1305.]]

Mais cette règle a-t-elle lieu contre le mineur qui attaque, soit une Transaction par laquelle il a déchargé son tuteur de l'obligation de lui rendre compte, soit un traité de toute autre espèce qui n'a point été précédé, de la part du tuteur, d'un compte véritable et rendu en connaissance de cause?

La négative semblerait ne devoir souffrir aucune difficulté. Un mineur à qui son tuteur n'a point rendu compte, est toujours mineur à son égard, parcequ'il n'est point éclairé sur l'état de sa fortune, et que le tuteur au contraire en est instruit. De là, la défense faite au tuteur de recevoir aucune libéralité de son pupille, quoique devenu majeur, tant qu'il ne lui a pas rendu compte. Pourquoi le défaut de compte n'empêcherait-il pas aussi la prescription de courir au profit du tuteur? Dès que, par ce défaut, le mineur ne cesse pas d'être réputé tel à l'égard de son tuteur, il est indispensable qu'il jouisse envers lui de tous les priviléges de la minorité.

Cependant la jurisprudence du parlement de Paris a varié sur cette question.

Anciennement on y jugeait que l'action du mineur à qui son tuteur n'avait pas rendu compte, durait trente ans, et que, pendant tout ce temps, il pouvait impugner les traités qu'il avait faits avec lui. Chenu, cent. 1, quest. 27, en rapporte un arrêt du 1er février 1567.

Theveneau, dans son Commentaire sur les ordonnances, aux mots *Cassation de contrat*, en cite un semblablable de l'année 1612.

Mais, continue-t-il, par un arrêt rendu depuis, le 16 mai 1620, *consultis classibus*, « une Transaction entre deux frères, contenant décharge de reddition de compte de » la tutelle que l'un d'eux avait exercée, » *non visis tabulis*, fut confirmée, pour ne » s'être pas pourvu dans le temps porté par » l'art. 134 de l'ordonnance de 1539; ce qui » avait été jugé dès l'année 1602, le 19 jan» vier ».

Le même auteur dit encore qu'il fut alors arrêté que la prescription de dix ans « aurait » lieu pour tous contrats, même pour ceux » qui sont faits entre les tuteurs et leurs » mineurs, soit par renonciation de partage, » reddition de compte, ou autres, encore qu'il » n'apparaisse d'aucune confection d'inven» taire ».

Henrys, liv. 4, quest. 74, rapporte un arrêt semblable, rendu en 1632. Il paraît cependant qu'alors même la question souffrit encore difficulté : car Henrys assure que le rapporteur voulait, avant de prononcer, *prendre l'avis des avocats consultans*.

La même jurisprudence est reçue depuis long-temps au parlement de Bretagne. Le président Perchambault, sur la coutume de cette province, tit. 22, §. 9, en rapporte un arrêt du 16 octobre 1691.

Mais il y a plusieurs parlemens où l'on juge le contraire.

Tel est celui de Toulouse. Le président Maynard, liv. 2, chap. 99, d'Olive, liv. 4, chap. 15, et Catellan, liv. 8, chap. 6, nous en retracent quatre arrêts des.... 1593, 17 juillet 1629, 1 juin 1638 et 24 mars 1659.

Le parlement de Bordeaux a jugé de même par deux arrêts des 7 juillet 1651 et 3 mars 1662, qui sont insérés dans le recueil de La Peyrère, lettre J, nº 139, édition de 1725.

Il y a plusieurs arrêts semblables du parlement de Dijon. Raviot, sur Perrier, quest. 236, et Perrier, lui-même, en rapportent sept des 23 mars 1623, 17 janvier 1658, 20 mars 1665, 16 décembre suivant, 18 août 1677, 13 août 1682 et 12 août 1716.

Il est cependant un cas que le parlement de Dijon paraît excepter de cette jurisprudence. Écoutons Raviot, à l'endroit que nous venons de citer, nº 13 :

« Si le compte avait été présenté et rendu, et si on avait transigé sur ce compte, quand même il ne serait pas tout-à-fait dans les formes; comme par un tel compte, le mineur peut être suffisamment instruit, on pourrait aussi avoir égard, en ce cas, à la prescription de dix années, surtout si on découvre de la bonne foi dans le traité de la part du tuteur.

» C'est sur cela que, par un arrêt donné le 3 janvier 1661, à la grand'chambre, au rapport de M. Maltête, la demoiselle de Villarvaux fut déboutée des lettres de rescision qu'elle avait prises contre un traité avec le sieur de Villarvaux, son oncle et son tuteur : elle fut déclarée non-recevable. Elle prétendait être dans le cas des mineurs qui transigent avec leur tuteur, *non visis tabulis*. Elle disait que

le compte qui lui avait été présenté, était informe : mais c'était toujours un compte, et un compte communiqué et instructif: or, la décharge que donne un mineur en pareil cas, peut être d'un grand poids, parcequ'il le fait comme majeur, et qu'il est véritablement majeur pour transiger sur la validité ou invalidité du compte qui lui est présenté.

» On peut donc, en pareil cas, avoir égard à la bonne foi des parties qui ont transigé sur la forme et la validité d'un compte ».

[[*V.* l'article *Rescision*, n° 6.]].

XI. Lorsqu'une Transaction est nulle, et que conséquemment il ne faut pas de lettres de rescision pour l'attaquer, on ne fait aucune difficulté, d'admettre après les dix ans, les réclamations qui tendent à l'anéantir. Ainsi, une communauté d'habitans qui abandonne par Transaction, soit un héritage, soit un droit réel qu'elle possède, peut, si l'on n'a pas observé pour cela les formalités nécessaires, réclamer pendant trente ans. Desjaunaux en rapporte un arrêt du parlement de Flandre, du 27 janvier 1698. Winantz, §. 74, nous en présente un semblable, rendu au conseil souverain de Brabant le 21 février 1709.

[[Aujourd'hui, plus de distinction, quant au terme dans lequel une Transaction doit être attaquée, entre le cas où elle est nulle et celui où elle n'est que rescindable. *V.* l'article *Rescision*, n° 6.

XII. L'art. 2058 du Code civil décide que *l'erreur de calcul dans une Transaction doit être réparée.*

XIII. Remarquez au surplus que l'on ne doit pas considérer comme *Transaction*, ni par conséquent comme non rescindable du chef de lésion, l'acte ainsi qualifié par lequel des héritiers ont réglé leurs droits respectifs dans une succession qui leur est échue en commun.

Cette maxime, qui est écrite en toutes lettres dans le Code civil, ainsi qu'on l'a vu aux mots *Lésion*, §. 4, et *Partage*, §. 11, avait été précédemment consacrée par un arrêt du parlement de Pau, du... 1712, lequel avait ordonné « la composition de masse dans la famille de » Pordoy-Dequisse, quoiqu'il y eût une Transaction passée entre l'aîné et le cadet, sur l'exécution d'un Testament du père commun qui » avait légué 25 francs au cadet, dans laquelle » l'aîné avait promis 200 francs. Les enfans du » cadet furent reçus à prouver la lésion dans » la Transaction que la cour regarda comme » un acte de partage, parceque c'était le premier acte passé entre les frères ». (*Recueils manuscrits des anciens avocats au parlement de Pau*).

Mais ne devrait-on pas considérer comme Transaction, l'acte par lequel des co-héritiers qui, avant de procéder au réglement de leurs droits respectifs, avaient plaidé sur la consistance de ces droits, auraient mis fin à leurs contestations, et fixé ce qui devait revenir à chacun d'eux ?

Voici une espèce dans laquelle cette question s'est présentée devant la cour de cassation.

Le 12 juin 1737, Arthur de Raynaud institue Jean-Baptiste de Raynaud, son fils aîné, héritier universel, et lègue à chacun de ses enfans puînés une somme de 8,000 livres pour légitime de droit. Il meurt le 22 avril 1744.

Le 24 février 1754, la dame Fusselet, sa veuve, en mariant Jean-Baptiste de Raynaud, lui donne 1° tous ses biens présens, à l'exception du domaine de Saint Just, d'une somme de 10,000 livres, de ses meubles meublans et de son argenterie ; 2° tous ses biens à venir, à la réserve du quart ; le tout à la charge de payer à la dame de Garagnol, l'une de ses sœurs, la dot qu'elle lui a constituée par son contrat de mariage, et de délivrer à ses frères et sœurs, leurs légitimes maternelles, sans que les réserves faites par la donatrice, puissent en souffrir aucune diminution.

Quelque temps après, meurt Jean Fusselet II, proche parent de la veuve de Raynaud. Celle-ci recueille sa succession pour moitié, l'autre moitié étant dévolue à la dame de Colmont, sa sœur.

Dans cette succession, se trouvent des biens que Jean-Baptiste de Raynaud prétend avoir été substitués à son profit par Jean Fusselet I. La veuve de Raynaud, sa mère, lui en fait la remise, pour ce qui la concerne, par acte du 12 août 1772. La dame de Colmont soutient au contraire qu'il n'y a point de substitution, et le fait juger ainsi par arrêt du parlement de Grenoble, du 20 août 1774.

A la vue de cet arrêt, la veuve de Raynaud se repent d'avoir souscrit aussi facilement l'acte de remise dont on vient de parler. Elle en poursuit la rescision ; mais, par arrêt du 6 mars 1779, sa demande est rejetée. Elle se pourvoit en cassation ; vains efforts : le conseil met *neant* sur sa requête.

Le 11 août suivant, les sieurs de Raynaud de Villevert, de Raynaud de Choury, Gabriel

de Raynaud, chanoine, Sophie de Raynaud, et la dame de Garagnol, frères et sœurs de Jean-Baptiste de Raynaud, le font assigner au bailliage de Grésivaudan, les uns en paiement de supplément de légitime qu'ils prétendent leur être dûs sur les biens paternels, les autres en délivrance de leur légitime paternelles en corps héréditaires.

Le 11 février 1783, la veuve de Raynaud dispose par Testament, au profit de ses enfans puinés, de tout ce qu'elle s'est réservé par la donation du 24 février 1754.

Le 17 septembre suivant, Jean-Baptiste de Raynaud partage avec la dame de Colmont les biens qui sont l'objet de la prétendue substitution qu'a reconnue sa mère, et obtient dans son lot des biens situés à Ornacieux.

Cependant ses frères puinés et ses sœurs poursuivent la demande qu'ils ont formée contre lui le 11 août 1779; et, malgré l'exception de prescription qu'il leur oppose, ils obtiennent, le 15 septembre 1784, une sentence qui accueille leurs réclamations, et avant d'y statuer, ordonne qu'il sera procédé à une composition de masse.

Jean-Baptiste de Raynaud appelle de cette sentence.

Avant le jugement de cet appel, la veuve de Raynaud, mère commune des parties, meurt le 18 janvier 1790.

Gabriel de Raynaud, chanoine, la suit de près au tombeau, laissant un testament par lequel il institue sa sœur Sophie héritière de tous ses droits.

Ces événemens réveillent toutes les contestations existantes, et en font naître de nouvelles.

Sophie de Raynaud prétend qu'il lui est dû, par son frère aîné, un compte de jouissance et d'administration de deux légitimes paternelles, savoir, de la sienne propre, et de celle de Gabriel de Raynaud, dont elle est héritière.

D'un autre côté, elle soutient conjointement avec le sieur de Raynaud de Villevert, le sieur de Raynaud de Choury, et la dame de Garagnol, que, malgré l'arrêt du 6 mars 1779, les biens d'Ornacieux doivent entrer dans la composition de l'hérédité maternelle.

Pour mettre fin à toutes ces difficultés et prévenir celles qu'elles doivent entraîner à leur suite, les parties se rapprochent, et passent, le 23 juin 1790, un acte qualifié *Transaction*, qui, par sa première disposition, statue sur la fixation des légitimes paternelles, et les règle suivant les droits et les prétentions de chacun des réclamans; par la seconde, maintient Jean-Baptiste de Raynaud dans les biens d'Ornacieux, à la charge de payer 10,000 livres à chacun de ses frères et sœurs; par la troisième, règle les légitimes, le quart de réserve et les autres droits sur les biens maternels non compris dans la donation de 1754.

En 1805, après la mort de Jean-Baptiste de Raynaud, la dame de Vourey, sa fille et son unique héritière, est assignée en nullité et rescision de cet acte, à la requête du sieur de Raynaud de Villevert, du sieur de Raynaud de Choury, du sieur Brette, curateur à l'interdiction de Sophie de Raynaud, et de la dame Pinade-Saint-Didier, fille et héritière de la dame Garagnol.

Le sieur Brette fonde sa demande en nullité sur le défaut de consentement de Sophie de Raynaud à la prétendue Transaction du 23 juin 1790, consentement, dit-il, qu'elle n'a pu donner, puisqu'à cette époque, elle était déjà en démence, quoiqu'elle ne fût pas encore interdite.

Le sieur de Raynaud de Villevert, le sieur de Raynaud de Choury et la dame de Garagnol fondent leur demande en rescision sur la lésion et le dol. Ils soutiennent que cet acte étant le premier entre des co-héritiers, ne peut avoir ni le caractère ni les effets d'une Transaction sur procès. Au fond, ils renouvellent toutes les prétentions dont ils se sont désisté par cet acte.

Le 29 juillet 1806, jugement par défaut, qui rejette la demande en nullité et rescision de l'acte du 23 juin 1790.

Sur l'appel, arrêt de la cour de Grenoble ainsi conçu :

« Considérant 1° que les mêmes difficultés qui sont aujourd'hui portées devant la cour, existaient entre les parties à l'époque du 23 juin 1790;

» 2° Qu'alors comme à présent, les sieurs de Choury, de Villevert, la dame de Garagnol, le chanoine Gabriel-Mathieu de Raynaud, et la demoiselle Sophie demandaient au sieur de Raynaud, leur frère aîné, leurs légitimes paternelles, les uns en deniers, les autres en corps héréditaires; et que tous soutenaient que les biens d'Ornacieux, venant de Jean Fusselet I, devaient être portés dans la composition de masse héréditaire de leur mère, pour fixer leur légitime, et y prendre le quart de réserve des biens à venir qu'elle s'était faite dans la donation du 24 février 1754;

» 3° Que le sieur de Raynaud, héritier et donataire des père et mère communs, ne contestait point à ses frères et sœurs leur légitime paternelle, ni même celle qui pouvait leur

être due dans les biens de la dame de Fusselet, leur mère, existans à l'époque de la donation du 24 février 1754; qu'il ne leur contestait pas les mêmes droits sur les biens échus à la dame de Fusselet, après la donation, provenans de la succession de Jean Fusselet II, et qui étaient demeurés libres dans ses mains, ni le quart des mêmes biens réservés dans ladite donation; mais qu'il soutenait fortement que ses frères et sœurs n'avaient à prendre sur les biens d'Ornacieux, qu'il qualifiait biens dépendans du fidéicommis à lui remis par la dame de Fusselet, le 12 août 1772, ni légitime, ni quart, ni aucun genre de droit, parceque ces biens étaient réellement substitués en sa faveur, et qu'ils lui avaient été remis par la dame de Fusselet, comme bien certaine de la substitution; que c'était d'ailleurs chose jugée par l'arrêt de 1779, qui avait déclaré la dame de Fusselet non-recevable, et l'avait déboutée de l'entérinement des lettres-royaux qu'elle avait impétrées, pour se faire restituer contre l'acte de rémission par elle souscrit;

» 4° Que c'est dans l'objet de terminer tous leurs différends, et d'être réglées sur toutes leurs prétentions respectives, que les parties convinrent des deux jurisconsultes qui les avaient défendues, et que c'est par leur médiation qu'intervint l'acte du 23 juin 1790;

» 5° Qu'en principe, et suivant la disposition des lois 39, D. *de verborum obligationibus*, et 21, D. *de receptis qui arbitrium*, il y a autant d'actes différens dans un acte, qu'il y a de chefs distincts, séparés et indépendans;

» 6° Que, par l'art. 2 de l'acte du 23 juin 1790, la légitime paternelle du chanoine fut évaluée à la somme de 12,000 livres; et par l'art. 3, celle de Sophie à 8,000 livres; qu'au moyen de ces sommes, Sophie de Raynaud, tant de son chef que de celui de Gabriel-Matthieu, dont elle était héritière, s'est départie de la demande formée le 21 août 1779, et de la sentence du 15 septembre 1784, et qu'elle a expressément renoncé à tous autres droits sur les biens paternels, même à tout supplément;

» 7° Que le réglement de ces droits *est un traité sur un procès existant*; qu'ainsi, il est à l'abri de toute rescision pour cause de lésion, parceque des légitimaires qui ont reçu leur légitime et qui ont renoncé au supplément et à tous plus amples droits, sont *non-recevables* et mal fondés à revenir contre l'acte contenant cette renonciation, d'après la jurisprudence des arrêts fondée sur la loi *si quandò*, §. 2, C. *de inofficioso testamento*;

» 8° Qu'il n'est nullement justifié que Sophie fût incapable de contracter à l'époque de l'acte du 23 juin 1790; que tout concourt, au contraire, à prouver qu'elle jouissait de toutes ses facultés intellectuelles, puisque, par son testament du 29 janvier précédent, le chanoine, son frère, l'institua pour son héritière pure et simple, à la charge seulement de payer les legs pies qu'elle jugerait convenables, et de récompenser convenablement ses domestiques;

» 9° Que, par l'art. 4, la légitime, le quart de réserve, et tous autres droits revenant aux sieurs de Choury, de Villevert, la dame de Garagnol et la demoiselle Sophie, sur les biens existans à l'époque de la donation faite au sieur de Raynaud par sa mère, furent réglés et fixés; que, par l'art. 5, les légitimes, le quart de réserve revenant aux mêmes parties sur les biens à venir, demeurés libres dans les mains de la dame de Fusselet, furent également réglés et fixés;

» 10° Qu'il n'y avait aucune contestation sur ces espèces de biens, et que par conséquent les sieurs de Choury, de Villevert, la dame de Garagnol et la demoiselle Sophie *n'ont pu éprouver aucune lésion*, puisque la première espèce de biens était toute en deniers, et que l'immeuble qui faisait partie de la seconde, leur fut remis au même prix pour lequel il avait été porté dans la composition de masse qui fut faite pour déterminer leurs droits;

» 11° Que, par l'art. 8, les sieurs de Choury, de Villevert, la dame de Garagnol et la demoiselle Sophie *renoncèrent à tous droits quelconques sur les biens réservés; et qu'ils ne se plaignent pas même d'aucune lésion dans le réglement de leurs droits, sur ces deux espèces de biens*;

» 12° Que, par l'art. 9, pour tenir lieu de tous les droits et prétentions que réclamaient les sieurs de Choury, de Villevert, la dame de Garagnol et la demoiselle Sophie, sur les biens compris dans la rémission faite au sieur de Raynaud par sa mère, le 12 août 1772, on leur adjugea la somme de 10,000 livres, au moyen de quoi ils renoncèrent à toutes prétentions à titre de légitime, quart de réserve ou autrement, sur lesdits biens; qu'*on ne peut pas considérer la disposition de cet article comme un premier partage entre co-héritiers*, puisqu'un acte de partage est celui qui fait cesser l'indivision; qu'il faut par conséquent que la co-propriété soit reconnue et avouée par tous;

» 13° Que *l'acte de* 1790 *est, quant à ce, une véritable Transaction sur un procès qui*

allait s'élever entre les parties, sur le point de savoir si les biens omis étaient ou non IN BONIS *de la dame de Fusselet mère*; que cette question était vraiment litigieuse, puisque chacune des parties argumentait, d'une part, des dispositions de Jean Fusselet I, contenues dans son testament et dans son codicille, qu'elles interprétaient diversement; et de l'autre, des différens arrêts qui avaient été rendus; qu'ainsi, *un tel réglement ne peut pas être susceptible de rescision pour cause de lésion*, suivant la disposition des lois romaines; et de l'édit de Charles IX, du mois d'avril 1560;

» 4° Que *le dol seul* pourrait opérer la rescision d'une telle Transaction; qu'il ne se présume pas, et que, dans l'espèce, il ne peut pas même y avoir le plus léger soupçon; qu'il est écarté par la qualité des parties, par celle de leurs arbitres, et par l'acte lui-même, puisqu'il en résulte que le sieur de Raynaud remit toutes les pièces et documens qui pouvaient faire reconnaître la valeur des biens; que rien ne fut occulte et ne pouvait l'être, puisque les arbitres avaient été les défenseurs des parties;

» 5° Que l'acte de 1790 est un acte d'autant plus irrefragable entre les parties, qu'elles déclarent, par l'art. 3o, que *toutes difficultés, procès et différends entre elles, demeurent éteints et terminés, et qu'elles renoncent respectivement à toutes demandes et prétentions, d'où qu'elles procédassent ou pussent procéder*;

» Par ces motifs, la cour, sans s'arrêter aux conclusions, tant principales que subsidiaires, des parties de Vignon, dont elle les a déboutées, a mis l'appellation au néant....; ordonne que ce dont est appel, sortira son plein et entier effet ».

Recours en cassation, fondé 1° sur la contravention à la loi 3, C. *communia utriusque judicii*, dont l'art. 888 du Code civil n'a fait qu'approprier les dispositions à notre jurisprudence; 2° sur la fausse application de la loi *si quandò*, §. 2, C. *de inofficioso testamento*; 3° sur la fausse application de l'édit d'avril 1560.

La dame de Vourey répond à ces moyens, devant la section civile, que l'acte du 23 juin 1790 doit être envisagé sous autant de rapports qu'il y a de chefs sur lesquels il a statué; que, dans ses dispositions relatives à la légitime paternelle, il ne peut être considéré comme un premier acte de partage; que le premier acte qui a véritablement fait cesser l'indivision, est le testament de 17 juin 1737, par lequel il a été légué à chacun des puînés une somme de 8,000 livres pour légitime de droit; et que c'est là-dessus qu'il y a eu d'abord contestation, ensuite Transaction par l'acte dont il s'agit; et que, relativement aux biens d'Ornacieux, prétendus grevés de substitution au profit de Jean Baptiste de Raynaud, l'acte du 23 juin 1790 est une vraie Transaction, puisque la propriété de ces biens était contestée; qu'à l'égard du réglement des droits maternels, l'arrêt attaqué déclare, en fait, qu'il est impossible qu'aucune lésion y soit intervenue, et que même on n'en a pas articulé.

Par arrêt du 7 février 1809, au rapport de M. Géfrevois,

« Considérant que la cour d'appel de Grenoble a déclaré, par son arrêt, que le dol n'était point intervenu dans l'acte du 23 juin, et que, dans l'espèce, *il ne pouvait pas même y en avoir le plus léger soupçon*; que, dès-lors, il ne s'agit plus que d'examiner si cet acte pouvait être susceptible de rescision pour cause de lésion, ou, en d'autres termes, si cet acte doit être considéré comme *partage* entre co-héritiers, plutôt que comme *Transaction*;

» Considérant, en ce qui concerne la partie de l'acte contenant le réglement des légitimes dues sur la succession paternelle, qu'il y avait eu, à cet égard, demande en justice, instance, jugement et appel; que, dans cette instance, on agitait des difficultés sérieuses, soit sous le rapport de la prescription, soit sur le mode de paiement des légitimes qui étaient réclamées en *corps héréditaires*, et que l'héritier ne voulait payer *qu'en deniers*; qu'en outre, un compte particulier d'administration par l'un des légitimaires, tant à l'héritier qu'aux autres légitimaires, formait un autre sujet de litige; et qu'il est dit dans l'acte de 1790, que ce fut pour terminer les contestations existantes, et pour prévenir celles à naître sous ces divers rapports, que les parties firent réciproquement les abandons, renonciations et désistemens stipulés dans les trois premiers articles; d'où il suit que, dans cette partie, l'acte est véritablement une *Transaction*, et non un *simple partage*; que d'ailleurs, s'il eût existé en fait quelque doute sur la nature de cet acte, sur son vrai caractère, la cour d'appel avait incontestablement le droit de l'interpréter et de fixer le véritable sens de ses clauses;

» Considérant, en ce qui concerne la partie de l'acte relative aux biens du fidéicommis remis à Jean-Baptiste de Raynaud, par sa mère, le 12 août 1772, qu'à cet égard, les droits réclamés par les légitimaires, étaient bien plus litigieux encore, puisque les frères et

sœurs de Raynaud n'auraient pu faire comprendre ces mêmes biens dans la masse maternelle, afin d'y légitimer, qu'après en avoir dépouillé Jean-Baptiste de Raynaud, et après avoir fait rétracter les titres de sa possession, c'est à-dire, l'acte de rémission du 12 août 1772, l'arrêt du parlement de Grenoble de 1779, qui en ordonne l'exécution, et l'arrêt du conseil d'état, confirmatif de celui du parlement de Grenoble : il est évident que les frères et sœurs de Raynaud ne pouvaient espérer d'atteindre ce but, sans avoir un procès très-sérieux avec Jean-Baptiste de Raynaud, leur frère; et que ce fut pour éviter ce procès, pour ne pas en courir les chances, qu'ils acceptèrent chacun une somme de 10,000 francs, au moyen de laquelle ils déclarèrent *renoncer à toute prétention sur lesdits biens à titre de légitime, quart de réserve, ou à tout autre titre;*

» Considérant, sur ces deux premiers rapports, que l'acte du 23 juin 1790 étant une Transaction non susceptible de rescision pour cause de lésion, suivant l'édit de Charles IX, du mois d'avril 1560, la cour d'appel de Grenoble n'a commis aucune contravention, en déclarant non-recevable et mal fondée la demande en rescision formée contre cet acte;

» Considérant, en ce qui concerne la partie de l'acte relative au règlement des légitimes, quart de réserve, et autres droits sur les biens maternels réputés libres, qu'à cet égard, il est établi en fait, tant par l'arrêt dénoncé que par les écrits et conclusions signifiées en instance d'appel, que les frères et sœurs Raynaud ne se plaignaient d'aucune sorte de lésion sur cette espèce de biens; et qu'ainsi, la cour d'appel de Grenoble n'a pu commettre aucune contravention, en n'ordonnant pas, sur ce point, la vérification d'une lésion qui n'était pas même alléguée :

» Considérant enfin, que les différentes conventions stipulées dans l'acte du 23 juin 1790, quoique distinctes et séparées, suivant les divers objets auxquels chacune de ces conventions se rapporte, toutes néanmoins sont corrélatives, en ce que, dans l'intention des parties, elles avaient toutes un but commun, celui de terminer des procès véritablement existans, et de tarir la source de ceux qu'on avait à craindre; intention exprimée en termes bien formels dans le dernier article de l'acte, où il est dit *qu'au moyen de tous les articles ci-dessus convenus, toutes difficultés, procès et différends entre les parties, demeurent éteints et terminés*, et *qu'elles renoncent respectivement à toutes demandes et prétentions, d'où qu'elles procèdent ou puissent procéder*; que, d'après cette clause générale il n'est aucune partie de l'acte, aucune des conventions qu'il renferme, dont on ne puisse dire qu'elle a eu pour objet de terminer ou de prévenir un procès; d'où il suit que la demande en rescision pour cause de lésion, n'était admissible sous aucun rapport;

» Par ces motifs, la cour rejette le pourvoi..... ».

§. VI. *A qui, du pouvoir judiciaire ou de l'autorité administrative, appartient la connaissance des difficultés résultant des Transactions que les communes et les établissemens publics ont souscrites avec l'approbation du Gouvernement?*

Le 28 janvier 1799, Charles-Joseph-Casimir Caissoti-Verdun fait un testament par lequel il institue, pour ses héritiers universels, les hospices de Charité et de Saint-Jean de Turin; et il charge son exécuteur testamentaire de payer au sieur Lautard une somme de 4,000 livres de Piémont (4,800 francs).

Le même jour, ce testament est homologué par le sénat de Turin.

Après la mort du testateur, les sieurs Pierre-Louis Lautard et Louis-Jean-André Lautard, frères, ses héritiers présomptifs, réclament contre le testament, et articulent des faits tendant à déterminer l'autorité à leur abandonner, soit par provision, soit par concession définitive, une somme d'argent moyennant laquelle ils s'estimeraient satisfaits et se réduiraient au silence; mais en même temps, ils proposent à l'administration des hospices de Turin, un projet de Transaction par lequel ils bornent leurs prétentions à une somme capitale de 18,360 francs.

Par procès-verbal du 19 juin 1806, la commission administrative déclare *qu'elle adhère à la Transaction proposée.*

Le 3 juillet suivant, arrêté du préfet du département du Po, qui, adoptant les avis du comité consultatif et du conseil de préfecture, autorise la commission à payer, aux termes de la Transaction, les 18,360 francs aux frères Lautard, à la charge, par eux de fournir caution, jusqu'à l'approbation de la Transaction par le Gouvernement.

La caution est fournie; les 18,360 francs sont acquittés, et la Transaction est sanctionnée par décret du 11 mars 1807.

Cette opération consommée, le sieur Pierre-Louis Lautard, par exploit du 21 novembre

1809, se fondant 1° sur une promesse à lui faite par Charles-Louis Caissoti, père du testateur, de le nommer son héritier universel en cas que celui-ci décédât sans enfans; 2° sur l'empêchement que le testateur a, dans le temps, apporté à ce que son père fît un testament en faveur de lui Lautard, en promettant de laisser à ce dernier, non seulement l'hoirie paternelle, mais encore l'universalité de ses biens; 3° sur une lettre adressée le 21 juin 1791 par le testateur au président Trinchieri à Nice, venant, suivant lui, à l'appui des précédentes assertions; demande à la commission des hospices de Turin une provision de vingt-mille francs, abstraction faite de ce qu'il a touché en vertu de la Transaction.

Le 25 août 1810, jugement du tribunal de première instance de Turin qui, avant faire droit sur cette demande, ordonne le dépôt au greffe de la lettre du 21 juin 1791, et admet le sieur Lautard à la preuve des faits qu'il articule.

Le 18 mai 1811, arrêté du conseil de préfecture, qui, sur la demande de la commission, l'autorise à appeler de ce jugement pour cause d'incompétence.

Cependant le sieur Lautard obtient à la cour d'appel de Turin un arrêt qui assigne les parties à plaider sur le fond, à l'audience du 11 juin suivant.

» Le 7 du même mois, arrêté du préfet qui élève le conflit.

En conséquence, l'affaire est portée au conseil d'état; et le 2 janvier 1812, décret ainsi conçu:

« Vu la Transaction passée le 19 juin 1806, entre la commission administrative des hospices civils de Turin et les sieurs et dame Lautard, relativement au testament de Charles Joseph Caissoti-Verdun, du 28 janvier 1799;

» Vu notre décret du 11 mai 1807, portant approbation de ladite Transaction;

» Vu la délibération prise, le 18 décembre 1809, par la commission administrative des hospices civils de Turin, sur les nouvelles instances introduites contre elle par les sieurs et dame Lautard, au sujet du susdit testament, et aux effets de la susdite Transaction; délibération par laquelle la commission administrative demande à être autorisée à défendre contre eux, devant les tribunaux, les intérêts des hospices; l'avis du comité consultatif de la même commission, en date du 26 janvier 1810, lequel conclud à ce que ladite commission soit autorisée à plaider; la délibération du conseil de préfecture du département du Pô, en date du 13 février 1810, laquelle accorde ladite autorisation;

» Le jugement rendu en conséquence par le tribunal de première instance de Turin, le 25 août 1810, lequel admet les sieurs et dame Lautard *à établir par voie d'enquête, les faits par eux dénoncés à l'appui de leur demande en dommages et intérêts contre l'hoirie Caissoti-Verdun, fondée, entre autres motifs, sur celui que les nouvelles instances introduites par les susdits sieur et dame Lautard, ont un objet différent de celui qui a été réglé par la Transaction précitée du 19 juin 1806*;

» La nouvelle délibération de la commission administrative des hospices civils de Turin, en date du 19 mars 1811, tendant à être autorisée à interjeter appel du jugement du tribunal de première instance, du 25 août 1810, pour cause d'incompétence; l'avis favorable du comité consultatif, du 6 mai 1811; la délibération du conseil de préfecture du département du Pô, en date du 18 des mêmes mois et année accordant ladite autorisation;

» L'arrêté du préfet du département du Pô, en date du 7 juin dernier, lequel, annonçant que la cour de Turin a renvoyé, sur l'appel, les parties à l'audience, pour plaider tant sur la question de compétence que sur le fond de l'affaire, élève le conflit sur l'injonction faite par la cour d'appel, et d'après les motifs suivans: *Que les hospices ne peuvent ester en jugement qu'autant qu'ils y sont autorisés par les conseils de préfecture; que l'arrêté du conseil de préfecture du département du Pô, en date du 18 mai 1811, a simplement autorisé la commission des hospices à interjeter appel du jugement rendu par le tribunal de première instance, pour déclarer, avant tout, l'incompétence des tribunaux dans cette contestation; que l'injonction faite par la cour d'appel, de plaider sur le fond de l'affaire, excède les limites de l'autorisation accordée par la délibération précitée du conseil de préfecture; et que la cour d'appel ne peut connaître du fond sans se déclarer elle-même compétente; que, s'agissant de l'interprétation d'une Transaction passée administrativement sous la direction du préfet, et définitivement approuvée* par (le chef du gouvernement), *c'est à l'autorité administrative seule qu'il appartient de connaître des contestations de cette nature;*

» Considérant que le Gouvernement, en se réservant, par l'art. 15 de l'arrêté du 17 messidor an 9, le droit d'approuver les Transactions conclues entre les commissions administratives des établissemens de bienfaisance et les tiers avec lesquels elles se trouveraient en contestation, n'a eu et n'a pu avoir pour but que d'intervenir, comme tuteur-né de ces éta-

blissemens; et dans leurs intérêts, pour examiner s'il a été suffisamment pourvu à la conservation des droits des pauvres par lesdites Transactions, et non pas de prononcer par voie d'arbitrage entre les parties sur les objets en litige, ou d'évoquer à lui la décision des contestations par voie administrative; que, cette approbation donnée, les Transactions rentrent dans la règle ordinaire du droit comme si elles avaient été passées entre particuliers, pour tout ce qui concerne leur interprétation, leurs effets, leur étendue et leurs limites; que l'approbation donnée par nous ne préjuge rien sur les contestations qui s'élèveraient à cet égard, lesquelles rentrent d'elles-mêmes dans la juridiction des tribunaux ordinaires;

» Considérant que la commission administrative des hospices civils de Turin, dans sa délibération du 18 septembre 1809, le comité consultatif dans son avis du 26 janvier 1810, le conseil de préfecture du département du Pô dans sa délibération du 13 février même année, avaient eux-mêmes reconnu ce principe, en demandant ou accordant l'autorisation pure et simple de plaider sur le fond;

» Sur le rapport de notre ministre de l'intérieur; notre conseil d'état entendu, nous avons décrété et décrétons ce qui suit:

» Art. 1er. L'arrêté du préfet du département du Pô, en date du 7 juin 1811, élevant un conflit tant sur le jugement du tribunal de première instance de Turin, en date du 25 août 1810, pour cause d'incompétence, que sur l'injonction faite aux parties par notre cour d'appel de plaider à l'audience sur le fond de l'affaire, en même temps que sur la question d'incompétence, est et demeure annulé.

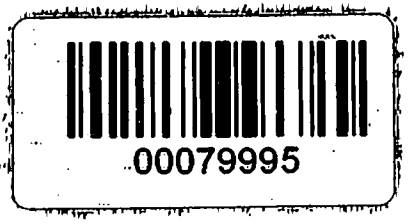
» La commission administrative des hospices civils de Turin est autorisée à défendre devant nos cours et tribunaux contre les nouvelles demandes des sieur et dame Lautard, concernant l'hoirie Caissoti ».]]

V. Vinnius, *de Transactionibus*, Cacialupus, *de Transactionibus*, Nicolaus Vigelius, *de Transactionibus*, Valleron, *de Transactionibus*, Verstghen, *Dissertatio juridica de Transactionibus*, Voët, sur le Digeste, titre *de Transactionibus*, le Dictionnaire des arrêts de Brillon, *Fachinæi controversiæ*, les *Lois civiles de Domat*, etc.

V. aussi les articles *Contrat*, *Convention*, *Lésion*, *Nullité*, *Partage*, etc.

* [[TRANSBORDAGE. *V.* les articles *Transport et Transbordage*.]]

FIN DU TOME TRENTE-QUATRIÈME.


00079995

Digitized with financial assistance from the
Government of Maharashtra
on 06 February, 2016